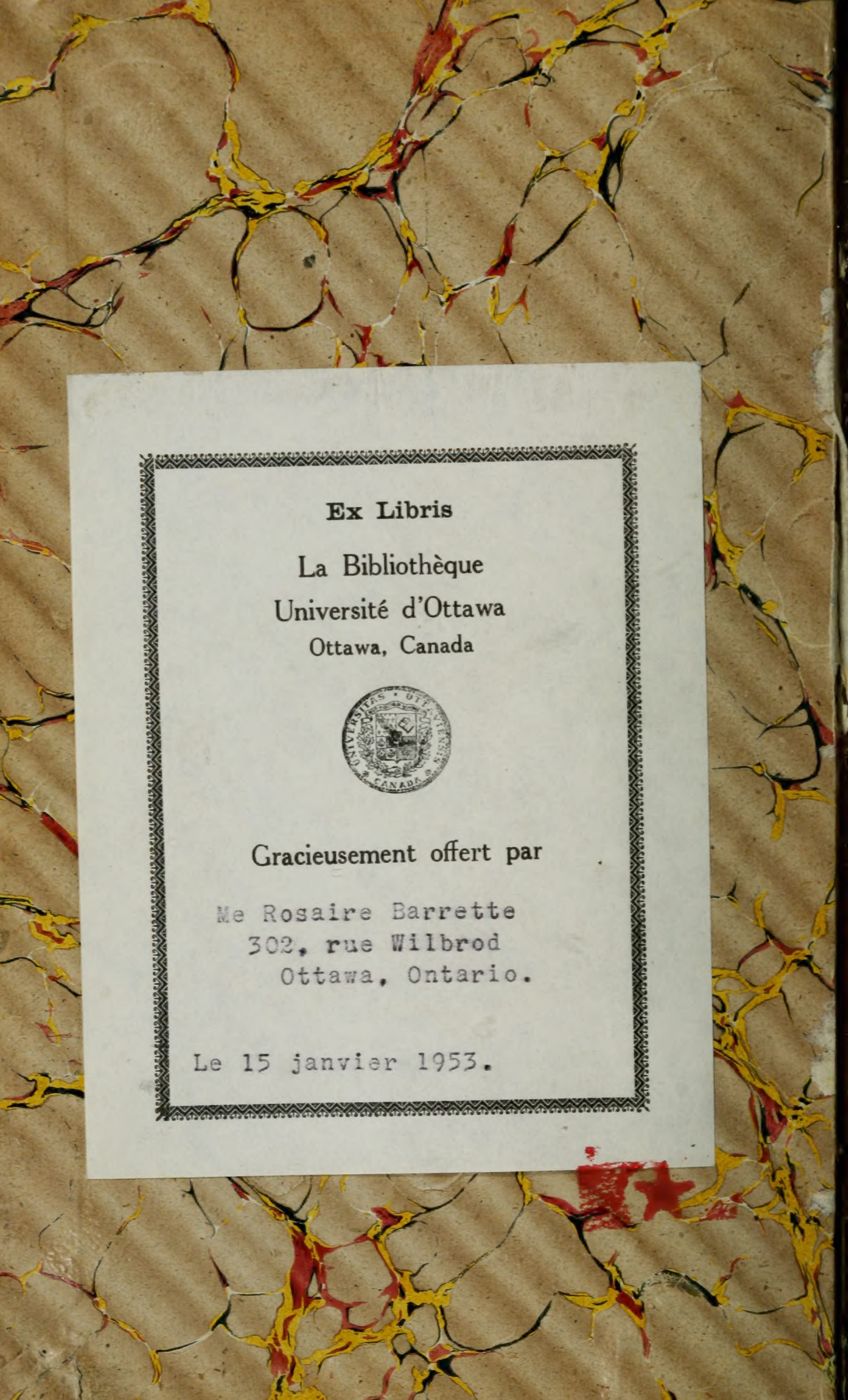
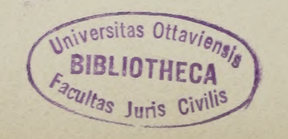








COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

VII

PARIS. — IMPRIMERIE DE CH. LAHURE ET Cie
Rues de Fleurus, 9, et de l'Ouest, 21

TRAITÉ
DE LA MINORITÉ,

DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION;

DE LA MAJORITÉ;

DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE;

DES INDIVIDUS PLACÉS DANS UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC OU PRIVÉ D'ALIÉNÉS;

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR IMPÉRIALE DE CAEN
OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR.

DEUXIÈME ÉDITION.

TOME PREMIER.

PARIS.

AUGUSTE DURAND
LIBRAIRE
RUE DES GRÈS, 7.



L. HACHETTE ET C[ie]
LIBRAIRES
RUE PIERRE-SARRAZIN, 14.

1861.



Art. 465 La même Autorisation (celle du Conseil de famille) sera nécessaire au tut. pr provoq. un part. Mais il pourra sans cett. autorisn, répond. à une demand. en partage dirigée contre le mineur. =

En effet tout héritier étant maître de sortir de l'indivision le Conseil de famille ne peut pas paralyser par un refus l'exercice d'un droit qui est d'ordre public. art 815. C.C.

Art. 815 Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué nonobstant prohibitions et conventions contraires. =

L'indivision, en effet est contraire à l'intérêt génal, à l'ordre public = elle fait naître rixes et procès. =

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de MM. Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais* : *J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819 ; de Toullier, à l'édition de 1830 et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846 ; de M. Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

IV. Chacun des traités dont se compose le *Cours de Code Napoléon* est, en outre, suivi d'une table analytique et alphabétique.

La table analytique et alphabétique du *Traité complet de l'état des personnes* se trouve à la fin du tome huitième.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE PREMIER.

TITRES DIXIÈME ET ONZIÈME.

EXPOSITION GÉNÉRALE.

SOMMAIRE.

1. — Principe fondamental des tutelles.
2. — La première cause d'incapacité est la faiblesse de l'âge ; de là les *mineurs*.
3. — Parmi les mineurs, les uns sont soumis soit à la puissance paternelle, soit à la tutelle ; les autres sont émancipés et seulement pourvus d'un curateur.
4. — Des *majeurs*.
5. — La seconde cause d'incapacité est l'altération des facultés intellectuelles.
6. — Cette cause donne lieu à deux sortes de mesures : soit à l'interdiction avec tutelle ; soit à la nomination d'un conseil judiciaire.
7. — Et même, d'après la loi du 30 juin 1838, l'individu dont les facultés intellectuelles sont dérangées, peut être seulement placé dans un établissement public ou privé d'aliénés.
8. — Résumé. — Programme général de ce traité.

9. — De l'altération des facultés intellectuelles résultant de la vieillesse.
10. — De la faiblesse du sexe. — Des femmes.
11. — Des infirmités physiques. — De la cécité.

1. — Le législateur doit protection aux personnes qui sont incapables de se gouverner et de se défendre elles-mêmes.

Les titres *de l'Absence*, *du Mariage* et *de la Puissance paternelle* nous ont présenté déjà des applications de cette règle d'humanité et d'ordre social, qui va recevoir ici, par l'organisation des *tutelles*, son développement spécial et complet.

2. — La première cause de l'incapacité des personnes, cause générale et commune, c'est la faiblesse de l'âge.

De là une première classe d'incapables, qu'on appelle les *mineurs* (*infra*, n° 23).

3. — Parmi les mineurs, les uns sont soumis soit à la puissance paternelle, soit à la tutelle, et quelquefois à ces deux puissances en même temps; c'est le plus grand nombre; c'est la règle.

Les autres sont émancipés et pourvus seulement d'un curateur.

4. — La minorité finie, la majorité commence; et la personne devient capable d'exercer elle-même ses droits civils.

5. — Mais une autre cause d'incapacité peut naître, cause particulière et relative : l'altération des facultés intellectuelles.

Et de là une nouvelle classe d'incapables, qu'il faut aussi subdiviser.

6. — La loi, en effet, proportionnant le secours à l'intensité plus ou moins grande du mal, a établi deux sortes de mesures, savoir :

1° L'interdiction avec tutelle;

2° La nomination d'un conseil judiciaire.

7. — Et même, la loi du 30 juin 1838 a autorisé le simple placement de la personne dans un établissement public ou privé d'aliénés, indépendamment de toute procédure judiciaire tendant à modifier sa capacité civile.

8. — Telles sont les différentes situations que nous devons examiner; et pour fournir, tout d'abord, le programme de ce traité, nous pouvons les résumer en disant que nous allons nous occuper :

1° Des mineurs en tutelle;

2° Des mineurs émancipés;

3° Des majeurs;

4° Des interdits;

5° Des individus pourvus d'un conseil judiciaire;

6° Des individus non interdits placés dans un établissement public ou privé d'aliénés, aux termes de la loi du 30 juin 1838.

9. — La vieillesse n'a été, de la part de nos lois civiles, l'objet d'aucune tutelle proprement dite.

Certains priviléges sont accordés, il est vrai, aux personnes d'un âge avancé (comp. art. 433, 2066 Code Nap.; 800 procéd.; 4, 6, 12 et 18 de la loi du 17 avril 1832).

Mais ce sont là des dispositions spéciales.

Le majeur demeure donc toujours, quel que soit son âge, capable d'exercer lui-même ses droits civils; et ce principe produit même souvent dans les familles des situations fort délicates, ainsi que nous le verrons plus tard.

Il est évident d'ailleurs que l'affaiblissement des facultés intellectuelles résultant de l'âge est toujours un élément puissant de décision, lorsqu'il s'agit d'un procès en interdiction ou d'une demande en nullité d'un acte quelconque pour cause de violence, de dol ou de surprise.

Il n'est pas douteux non plus que l'*imbécillité* sénile pourrait devenir elle-même une cause d'interdiction (art. 489).

10. — Les femmes exercent aussi en général elles-mêmes et personnellement leurs droits civils, sans avoir besoin d'aucune autorisation ni assistance (*voy.* notre t. I, nos 135-138).

Il est vrai que la femme mariée est tenue d'obtenir l'autorisation de son mari ou de justice dans la plupart des actes de la vie civile ; mais nous avons remarqué que cette autorisation, qui n'est d'ailleurs nécessaire qu'à la femme mariée, n'a pas pour cause la faiblesse du sexe, mais bien le respect dû à l'autorité maritale et la garantie des intérêts matrimoniaux (*voy.* notre t. IV, nos 113-117).

Il est vrai aussi que quelques priviléges sont accordés aux femmes, en raison de leur sexe (comp. art. 394, 2066 C. Nap.; 113 C. comm.; 2, 12 et 18 de la loi du 17 avril 1832, etc.).

Mais ce sont là encore des dispositions spéciales, qui prouvent elles-mêmes qu'en règle générale la capacité civile de la femme est la même que celle de l'homme.

11. — Nos lois enfin n'ont pas établi, et il était effectivement presque impossible d'établir un mode régulier et uniforme de protection pour les individus atteints de maladies ou d'infirmités physiques ou corporelles.

Nous en avons déjà fait la remarque en ce qui concerne les sourds-muets (comp. art. 936, 978, 979, et notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, nos 24, 25).

On trouve bien çà et là certaines exceptions ou immunités en faveur des malades ou des infirmes (comp. art. 236, 434, 982 Cod. Nap.; 266 Cod. de procéd.).

Quelques dispositions même ont plus évidemment

encore, dans leur intérêt, un caractère de protection et de *tutelle* (art. 909, 1975).

Mais ce sont encore là des dispositions spéciales, en dehors desquelles les personnes malades ou infirmes restent soumises à toutes les règles du droit commun.

Et c'est ainsi, par exemple, qu'un aveugle est capable, dans le droit nouveau aussi bien qu'il l'était dans l'ancien droit, d'exercer lui-même toutes les facultés civiles, dont son infirmité ne lui rend pas l'exercice physiquement impossible (Ferrières, *des Tutelles*, part. II, sect. VI, n° 123; Cass., 7 juin 1820, Virginie Hours, Sirey, 1820, I, 366).

C'est donc également par les moyens que nous fournit le droit commun qu'il faudrait subvenir aux malades et aux infirmes, si leur situation personnelle l'exigeait.

TITRE DIXIÈME.

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE, ET DE L'ÉMANCIPATION.

SOMMAIRE.

12. — Division générale de ce titre.
13. — Il faut s'occuper séparément : d'abord des mineurs non émancipés, ensuite des mineurs émancipés.
14. — Il faut aussi distinguer les enfants légitimes d'avec les enfants naturels reconnus ou non reconnus.

12. — Nous diviserons ce titre en deux parties principales.

La première sera consacrée aux *mineurs en tutelle;*

La seconde, aux *mineurs émancipés.*

13. — L'émancipation, en effet, qui est la fin de la tutelle, n'est pas le commencement de la majorité.

Elle constitue un second degré de la minorité, une situation intermédiaire, très-distincte et très-importante, qu'il faut examiner séparément.

14. — Nous ne nous occuperons d'abord que des enfants légitimes;

Et nous examinerons ensuite, dans un appendice, ce qui concerne la tutelle et l'émancipation des enfants naturels reconnus ou non reconnus.

PREMIÈRE PARTIE.

DES MINEURS EN TUTELLE.

SOMMAIRE.

15. — Division générale de cette première partie.

15. — Voici les quatre questions que nous avons ici à résoudre :

1° Qu'est-ce que la minorité et la tutelle? et quels mineurs sont en tutelle?

2° Quelle est l'organisation de la tutelle, en ce qui concerne ses agents, ses fonctionnaires, en un mot son personnel ?

3° Quels sont les pouvoirs et les attributions de ces fonctionnaires?

4° Comment la tutelle prend-elle fin? et quels sont les effets de la cessation de la tutelle?

CHAPITRE PREMIER.

QU'EST-CE QUE LA MINORITÉ ET LA TUTELLE? ET QUELS MINEURS SONT EN TUTELLE?

SOMMAIRE.

16. — Jusqu'à quel âge l'homme est-il incapable de se diriger lui-même et de gouverner ses biens?
17. — De la minorité en droit romain.
18. — De la minorité dans notre ancienne jurisprudence française.

19. — De la minorité dans la législation intermédiaire.
20. — De la minorité d'après le Code Napoléon.
21. — Il n'y a point, en règle générale, de différence à faire, sous ce rapport, entre l'homme et la femme.
22. — La faculté d'émanciper le mineur corrige d'ailleurs ce que la présomption légale pourrait avoir de trop absolu.
23. — Observation sur les mots : *mineur* et *majeur*.
24. — La minorité, c'est l'incapacité.
25. — A quelle sorte de protection, ou en d'autres termes, à quelle puissance les mineurs sont-ils soumis? Tous les mineurs sont-ils en tutelle?
26. — La tutelle ne s'ouvre qu'à l'époque de la dissolution du mariage, par la mort de l'un des époux.
27. — *Quid*, si, pendant le mariage, le père se trouvait incapable d'exercer la puissance paternelle? — *Quid*, si le père et la mère en étaient tous deux incapables?
28. — Mais la tutelle s'ouvre toujours par la mort de l'un ou de l'autre des époux.
29. — Définition de la tutelle.
30. — Suite.
31. — De l'acception du mot : *pupille.* Pourquoi ce mot n'est-il pas employé dans notre titre par le Code Napoléon ?
32. — Du pupille et du mineur de vingt-cinq ans, d'après le droit romain. — Observation.
32 *bis.* — Le mineur étranger devrait-il être pourvu d'un tuteur en France ? — *Quid*, du mort civilement?
33. — Caractère des différentes dispositions qui, dans le Code Napoléon, concernent les mineurs.

16. — L'homme est, jusqu'à un certain âge, hors d'état de se diriger lui-même et de gouverner ses biens.

Quel est cet âge?

Il varie évidemment chez les différents individus, suivant le développement plus ou moins précoce de l'intelligence et de la raison, suivant l'ardeur plus ou moins impétueuse des passions de la jeunesse.

Mais il n'était pas possible de tenir compte de toutes ces diversités, ni de soumettre chaque personne à une sorte d'examen individuel.

On a donc dû recourir, dans cette circonstance, au procédé qui nous est déjà connu, c'est-à-dire à la voie

des *présomptions* (art. 1349, 144, 312; *voy.* nos t. III, n° 15, et t. V, nos 11, 12); on a dû observer l'âge, l'époque à laquelle la capacité naturelle se manifeste chez le plus grand nombre et déterminer, d'après cette base générale, comme aussi d'après les mœurs et la civilisation du pays, une limite commune, un terme uniforme.

17. — C'est ce qu'ont fait, de tout temps, les législateurs.

A Rome, cette limite avait été marquée à l'âge de vingt-cinq ans (*voy.* toutefois *infra*, n° 32).

18. — Telle était aussi la règle généralement suivie dans notre ancienne jurisprudence française, à l'exception seulement de quelques coutumes qui avaient fixé la majorité à vingt et un ans et même à vingt ans (comp. Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Mineur*, § 1; art. 233 de la coutume de Normandie; art. 528 de la coutume de Bretagne).

19. — La législation intermédiaire déclara que :

« Toute personne sera majeure à vingt et un ans accomplis. » (Loi du 20 septembre 1792, titre IV, art. 2; ajout. loi du 31 janvier 1793.)

20. — Et c'est également à ce nombre d'années que les auteurs du Code Napoléon ont posé la limite de l'incapacité légale, résultant de la faiblesse de l'âge.

Article 388. « Le mineur est l'individu de l'un et de « l'autre sexe qui n'a point encore atteint l'âge de « vingt et un ans accomplis. » (Ajout. art. 488.)

21. — *De l'un et de l'autre sexe.*

Il n'y a point dès lors à faire ici de différence entre l'homme et la femme, comme lorsqu'il s'agit de l'âge requis pour le mariage (art. 144, 148); les motifs particuliers, qui ont dicté ces derniers articles, n'existant pas en effet dans cette circonstance.

22. — Telle est la règle commune, la limite générale pour toutes les personnes sans distinction.

A l'égard de celles dont l'intelligence plus avancée et la raison plus précoce démentiraient la présomption légale, la loi elle-même permet de devancer le temps ordinaire; et elle confie aux représentants du mineur le soin d'examiner, dans son intérêt, toutes les circonstances qui peuvent faire souhaiter qu'il ne reste pas jusqu'à vingt et un ans sous la puissance paternelle ou en tutelle.

C'est ainsi que la faculté d'émancipation corrige ce que la présomption légale pourrait avoir de trop absolu.

23. — On appelle donc *mineur* l'individu qui n'a pas encore atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, et *majeur* celui qui est arrivé à cet âge.

Mineur et *majeur*, termes comparatifs qui rigoureusement n'ont point, par eux seuls, un sens achevé, et qui attendent leur complément (au-dessous de..., au-dessus de.... vingt et un ans).

Aussi, en droit romain étaient-ils presque toujours accompagnés d'une addition, qui en déterminait la signification et la portée : *minor viginti quinque annis* (*voy.* aussi art. 903 C. Napol.).

Mais, depuis très-lontemps, l'usage s'est introduit d'employer ces mots : *mineur* et *majeur*, dans un sens absolu; et c'est ainsi que la loi elle-même désigne les individus qui n'ont point encore atteint l'âge de vingt et un ans ou qui ont dépassé cet âge (art. 1124, 1304, 1305, etc., etc.).

24. — La minorité, c'est l'incapacité.

Tout mineur non émancipé est donc incapable d'exercer ses droits civils.

Cette règle n'est pas écrite, il est vrai, dans notre article 388; mais elle résulte implicitement de l'arti-

cle 488 (ajout. art. 1124); et elle est d'ailleurs d'évidence.

25. — Le mineur étant incapable, il y a lieu d'organiser un pouvoir pour le protéger et de lui donner un représentant.

Quel est ce pouvoir? quel est ce représentant?

Est-ce toujours la tutelle?... toujours un tuteur?

Non sans doute.

Déjà nous avons remarqué que tous les mineurs ne sont pas en tutelle (comp. art. 372, 389, 390).

Pour savoir à quelle sorte de puissance un enfant mineur est soumis, il faut distinguer trois hypothèses :

Ou ses père et mère existent encore;

Ou l'un d'eux est décédé, l'autre ayant survécu;

Ou enfin, tous les deux sont morts.

Dans le premier cas, il y a puissance paternelle sans tutelle;

Dans le second cas, puissance paternelle et tutelle en même temps;

Dans le troisième, tutelle sans puissance paternelle (*voy.* notre t. VI, nos 374-416-451).

26. — L'article 390 de notre titre détermine en effet, de la manière la plus positive, l'époque à laquelle seulement la tutelle commence :

« Après la dissolution du mariage arrivée par la « mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle « des enfants mineurs et non émancipés appartient de « plein droit au survivant des père et mère. »

Il n'y a donc jamais tutelle pendant le mariage; la tutelle ne s'ouvre que dans la personne du survivant des époux, après la dissolution du mariage par la mort de l'autre.

27. — Et c'est de là que nous avons conclu que l'incapacité physique ou légale de l'un des époux ou

même des deux époux, leur état d'interdiction par exemple, ou de présomption d'absence, ne donnait pas ouverture à la tutelle.

Plusieurs jurisconsultes toutefois ont enseigné qu'il y a lieu, dans ce cas, à la tutelle. C'est ainsi que, d'après MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. I, p. 328), il y a lieu à une tutelle dative provisoire, lorsque le père et la mère sont tous les deux dans l'impossibilité physique, morale ou légale d'exercer la puissance paternelle; Demante va même plus loin; et il décide que l'on devrait recourir aussi à la tutelle dative, dans tous les cas où le père se trouverait dans cette impossibilité, quand même la mère ne s'y trouverait pas ; il excepte pourtant le cas de présomption d'absence qui est réglé par les articles 141-143, et qui ne donne lieu à tutelle qu'à défaut de mère ou d'ascendant (t. II, n° 138 *bis*).

Ces dissentiments et ces distinctions ne prouveraient-ils pas que la théorie elle-même est en dehors de la loi? nous le croirions ainsi, pour notre part.

Cette situation appelle sans doute, dans l'intérêt des enfants, des mesures de protection.

C'est ainsi que dans le cas où le père est incapable d'exercer la puissance paternelle, l'exercice en est délégué à la mère (art. 141, 373 ; *voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, nos 296-298).

C'est ainsi que les tribunaux confieraient à un tiers la garde de la personne et l'administration des biens de l'enfant, s'il arrivait que ses père et mère se trouvassent tous deux empêchés d'exercer la puissance paternelle.

Mais, ni la mère dans le premier cas, ni le tiers dans le second, n'exercerait, suivant nous, la tutelle et ne serait tuteur.

Le législateur a considéré sans doute que ces sortes

d'événements étaient rares, et d'ailleurs aussi plus ou moins temporaires et accidentels ; il a considéré surtout que, pendant le mariage, c'est-à-dire pendant que ses père et mère existent encore tous les deux, l'enfant n'a pas ordinairement de biens personnels, et il n'a pas cru qu'il fût nécessaire d'établir, pour ces situations exceptionnelles, le régime normal et rigoureux de la tutelle (comp. Marcadé, art. 390 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 384).

28. — Mais, au contraire, une fois le mariage dissous par la mort de l'un des époux, la tutelle inévitablement commence (art. 389, 390).

Et telle est la situation, dont nous avons maintenant à nous occuper.

29. — La tutelle est le pouvoir, le mandat, confié par la loi ou avec la permission de la loi, à une personne, de prendre soin de l'éducation d'un mineur et d'administrer ses biens.

Pouvoir essentiellement protecteur (ainsi que sa dénomination même l'indique), et qui n'a pas d'autre but que l'intérêt des mineurs.... *Appellantur enim tutores quasi tuitores atque defensores....* (Inst. lib. I, tit. XIII, § 2.)

30. — Le régime des tutelles intéresse au plus haut degré la société tout entière ; car il a pour objet l'état des personnes, le gouvernement des familles et la conservation de leurs patrimoines.

C'est donc, sous tous ces rapports, une institution de droit public ; et nous aurons plus tard à déduire de ce principe des conséquences fort importantes.

31. — On désigne souvent sous le nom de *pupille* le mineur en tutelle, considéré surtout dans ses rapports avec le tuteur.

Telle est même la dénomination dont le Code Napoléon se sert exclusivement, dans le chapitre II du titre

VIII, qui traite de la *Tutelle officieuse* (art. 364-370; *voy.* notre t. VI, nos 214 et suiv.).

Au contraire, le mot de *pupille* ne se trouve pas (si je ne me trompe) une seule fois dans notre titre actuel qui traite de la tutelle ordinaire; et ce contraste est si frappant qu'il semblerait être fait à dessein, s'il était possible d'en découvrir une raison quelconque.

Mais la vérité est qu'il n'en existe aucune; et il me paraît fort difficile d'expliquer pourquoi l'expression de *pupille,* toujours employée dans le cas de tutelle officieuse, ne l'a jamais été dans le cas de tutelle ordinaire.

32. — Ces dénominations de *pupille* et de *mineur* avaient, au contraire, à Rome une grande importance parce qu'elles représentaient deux situations très-différentes.

Le pupille, en droit romain, *pupillus*, était l'individu soumis à la tutelle; et la tutelle finissait avec l'impuberté, à douze ans pour les femmes, à quatorze ans pour les hommes.

La tutelle finie, l'individu pubère devenait capable juridiquement d'exercer lui-même ses droits; c'est-à-dire que les Romains avaient confondu la puberté, la faculté physique d'engendrer, avec la raison, avec l'intelligence nécessaire à l'homme pour se diriger et se gouverner dans la société civile (Inst., lib. I, tit. XIII et XXII).

Aussi avait-il fallu subvenir, par d'autres moyens, à ces personnes que le droit pur déclarait capables à douze et à quatorze ans!

Le préteur leur subvenait donc, par la nomination de curateurs, dans certains cas, par le bénéfice de la *restitution en entier,* tant qu'ils étaient *mineurs de vingt-cinq ans* (Inst., lib. I, tit. XXIII; ff. lib. IV, tit. III, *de Minoribus viginti quinque annis*).

Et de là une seconde période qui suivait celle de la pupillarité ; une seconde classe de personnes qui, n'étant plus des pupilles en tutelle, étaient les mineurs de vingt-cinq ans, *adolescentes*, capables juridiquement, d'après le droit civil, *jus ipsum,* mais que le droit honoraire protégeait, pendant cette seconde période, contre la périlleuse capacité qui leur avait été si prématurément donnée.

C'est pour avoir perdu de vue cette distinction fondamentale, qu'on a souvent, et très-mal à propos, invoqué, dans notre droit français, les principes du droit romain en matière de minorité.

Le *pupille,* à Rome, était seul en tutelle, seul incapable.

Le mineur, au contraire, d'après le droit civil, était capable.

On voit dès lors quelle différence existe entre le mineur romain et le mineur français.

C'est toute la différence qui sépare la capacité de l'incapacité civile.

Nous aurons occasion de rappeler plus tard ces principes dans une question d'un grand intérêt.

32 *bis.* — Le mineur étranger devrait-il être pourvu d'un tuteur en France ?

Si un mort civilement était mineur ou dans un état habituel de fureur ou de démence, aurait-on dû aussi lui nommer un tuteur ?

J'ai déjà résolu ailleurs ces deux questions (*voy.* notre t. I, n°s 70 et 208).

33. — Les mineurs sont, dans nos lois, l'objet d'un très-grand nombre de dispositions dont le but commun est de protéger leur inexpérience et leur incapacité.

On pourrait diviser ces dispositions en deux classes.

Les unes s'occupent des mineurs sans distinction, de tous les mineurs, qu'ils soient ou ne soient pas en tutelle; et elles s'occupent particulièrement d'eux dans leurs rapports avec les tiers; c'est surtout dans le troisième livre du Code Napoléon, que ce premier ordre de dispositions a été placé (comp. art. 904, 1124, 1304 et suiv., 1338, 1398, 2252, etc., etc.).

Les autres s'occupent, au contraire, séparément des mineurs en tutelle et des mineurs émancipés; et elles ont pour objet: 1° d'organiser la tutelle en considérant principalement le mineur non émancipé dans ses rapports avec son tuteur, et le tuteur lui-même dans ses rapports avec les tiers; 2° de régler les effets de l'émancipation.

Ces dernières sont l'objet de notre titre.

Ces deux ordres de dispositions se tiennent sans doute par plus d'un lien; et il ne sera pas toujours possible de traiter des unes sans exposer aussi en même temps une partie des autres.

Nous tâcherons toutefois de suivre toujours, comme nous l'avons fait, l'ordre du Code, et de nous renfermer le plus possible dans les limites de notre sujet actuel.

CHAPITRE II.

QUELLE EST L'ORGANISATION DE LA TUTELLE, EN CE QUI CONCERNE SES AGENTS, SES FONCTIONNAIRES, EN UN MOT, SON PERSONNEL?

SOMMAIRE.

34. — Il faut, avant tout, former le gouvernement de la tutelle.
35. — Trois classes d'agents composent ce gouvernement : le tuteur, le conseil de famille, le subrogé tuteur.
36. — L'autorité judiciaire a aussi une part importante dans le gouvernement et la direction de la tutelle.
37. — Caractère général des différents pouvoirs dont se compose le gouvernement de la tutelle.
38. — Division de ce chapitre.

34. — Il nous faut, avant tout, former, si je puis dire ainsi, le *gouvernement* de la tutelle.

Il faut nommer ses agents, ses préposés, ses *ministres*, pour rechercher en quoi consistent leurs pouvoirs et leurs attributions.

Montons d'abord la machine.

Nous verrons après comment elle fonctionne.

35. — Or, on peut dire que trois classes d'agents, que trois ordres d'autorités constituent le gouvernement de la tutelle :

1° Le tuteur;

2° Le conseil de famille;

3° Le subrogé tuteur.

Tels sont les trois ressorts principaux du mécanisme que nous avons à étudier.

36.— Je ne parle pas de l'autorité judiciaire, qui a pourtant aussi une part importante dans le gouvernement de la tutelle.

Mais comme le but de notre examen actuel est de

savoir quelles sont spécialement les autorités de la tutelle et de quelle manière ces autorités sont nommées, on comprend que nous n'ayons rien à dire ici des tribunaux, en tant qu'il s'agit de l'origine et de la forme de leur organisation judiciaire, qui est évidemment la même en matière de tutelle qu'en toute autre matière.

Nous n'aurons donc à nous en occuper que lorsqu'il sera question des attributions des différentes autorités préposées au gouvernement de la tutelle.

37. — Le tuteur, c'est le pouvoir exécutif de la tutelle; c'est le représentant du mineur.

Le conseil de famille, c'est le corps délibérant; c'est l'*assemblée*, je dirais presque la *chambre* de la tutelle, qui doit délibérer sur les affaires importantes, qui, en général, vote les fonds, qui *tient les cordons de la bourse*.

Le subrogé tuteur, c'est le surveillant du tuteur.

38. — De quelle manière ces trois sortes d'autorités sont-elles nommées ?

Voilà ce que nous allons d'abord rechercher, dans les trois sections suivantes.

Nous examinerons ensuite, dans une quatrième section, si les personnes qui se trouvent appelées à remplir l'une des fonctions de la tutelle, sont tenues de l'accepter, et quelles sont les causes légales d'incapacité, d'excuse, d'exclusion ou de destitution?

SECTION I.

DU TUTEUR. — DE QUELLE MANIÈRE LE TUTEUR EST-IL NOMMÉ?

SOMMAIRE.

39. — Toute tutelle émane de la loi; et c'est toujours de la loi que le tuteur reçoit son titre. Mais tantôt la loi elle-même le lui confère

39. — Toute tutelle émane de la loi; et c'est de la loi elle-même que le tuteur tient toujours son institution et ses pouvoirs.

Seulement cette émanation et cette investiture légale sont plus ou moins directes, plus ou moins immédiates.

Tantôt, en effet, la loi nomme elle-même directement et immédiatement le tuteur; elle le proclame tel, de plein droit, sans aucune procédure, et en vertu de sa seule qualité; c'est la tutelle légitime.

Telle est :

1° La tutelle du survivant des époux, qu'on appelle aussi, dans la doctrine, tutelle *naturelle ;*

2° La tutelle des ascendants, qui conserve plus spécialement le nom de tutelle légitime.

Tantôt la loi confie à certaines personnes le soin de nommer, de choisir, en connaissance de cause, le tuteur.

C'est alors la tutelle *dative*, dans le sens général de ce mot; tutelle qui se subdivise elle-même en deux, savoir :

1° La tutelle appelée spécialement testamentaire, celle qui est déférée par le dernier mourant des père et mère ;

2° La tutelle dative proprement dite, celle qui est déférée par le conseil de famille.

40.— On distingue donc, sous ce rapport, et quant au point de savoir de quelle manière le tuteur est nommé, on distingue, disons-nous, quatre espèces de tutelles.

41. — Nous allons les examiner dans l'ordre sui-

vant, qui est leur ordre légal et en quelque sorte graduel et hiérarchique :

1° Tutelle légitime (ou naturelle, comme on dit dans l'usage) du survivant des père et mère;

2° Tutelle testamentaire, déférée par le dernier mourant des père et mère ;

3° Tutelle légitime des ascendants ;

4° Tutelle dative déférée par le conseil de famille ;

5° Nous rechercherons dans un cinquième paragraphe, si la tutelle, en général, peut être confiée à plusieurs personnes, et si elle peut être soumise à une modalité quelconque, à un terme, à une condition, etc.

§ I.

De la tutelle légitime (ou naturelle) du survivant des père et mère.

SOMMAIRE.

42. — La tutelle légitime (ou naturelle) appartient de plein droit au survivant des père et mère.
43. — Le survivant n'a donc, pour être tuteur, aucune formalité à remplir. — Il doit, toutefois, faire nommer un subrogé tuteur.
44. — La tutelle appartient au survivant, lors même qu'il serait mineur.
45. — La mère survivante est tutrice de plein droit, comme le père lui-même survivant.
46. — Il existe toutefois, entre le père et la mère, sous ce rapport, quatre différences.
47. — I. La tutelle du père survivant s'ouvre toujours au moment de la mort de la mère. — Au contraire, il se peut que la tutelle de la mère survivante ne s'ouvre pas immédiatement après la mort du père. — C'est dans le cas où la mère est enceinte et où l'enfant est seulement conçu. — Texte de l'article 393.
48. — Quels sont les motifs de la disposition écrite dans l'article 393? — Historique. — Des mots : *curateur au ventre*.
49. — Le curateur au ventre a une double mission.
50. — D'abord, le curateur au ventre est chargé d'administrer les biens de la succession du mari prédécédé.
51. — Dans quel intérêt le curateur administre-t-il? — Quels sont les droits de la mère, ou plutôt de la veuve enceinte?

52. — Quels sont les pouvoirs du curateur au ventre?
53. — Peut-il consentir des baux ?
54. — Suite.
55. — La veuve peut-elle réclamer une provision?
56. — Le curateur doit rendre compte de sa gestion, lorsqu'elle finit.
57. — Ses immeubles ne sont pas grevés d'hypothèque légale.
58. — Le curateur au ventre a aussi pour mission de surveiller la veuve, à l'effet d'empêcher une suppression ou une supposition de part. — Quels sont ici ses droits?
59. — Peut-il assister à l'accouchement?
60. — Peut-il demander que la femme soit visitée par des matrones?
61. — Suite.
62. — Le curateur au ventre ne peut-il être nommé que sur la demande de la mère et lorsqu'elle se déclare elle-même enceinte?
63. — Suite.
64. — Par qui le curateur au ventre est-il nommé?
65. — Suite. — A la naissance de l'enfant, le curateur au ventre en est, de plein droit, le subrogé tuteur.
66. — Conséquences.
67. — Le curateur au ventre aurait-il qualité, de plein droit, pour remplir les fonctions de tuteur *ad hoc*, aux termes de l'article 318, si la légitimité de l'enfant était l'objet d'une action en désaveu? — Renvoi.
68. — La légitimité de l'enfant posthume est indépendante de la nomination d'un curateur au ventre.
69. — L'article 393 n'est-il applicable que lorsque la femme, enceinte au décès du mari, n'a d'ailleurs aucun autre enfant du mariage?
70. — Suite.
71. — Suite.
72. — Suite.
73. — Suite. — Conclusion.
74. — Le curateur au ventre a-t-il le droit d'administrer les biens, lorsqu'il existe d'autres enfants du mariage?
75. — Le curateur au ventre peut-il requérir l'apposition des scellés sur les effets de la succession du père de l'enfant conçu?
76. — Le partage de cette succession peut-il être provoqué par le curateur, au nom de l'enfant conçu, contre les enfants déjà nés?
77. — Réciproquement, le partage peut-il être provoqué par les enfants déjà nés contre le curateur au ventre?
78. — Suite.
79. — II. La mère ne peut, en aucune manière, modifier les pouvoirs, qui appartiennent au père survivant en qualité de tuteur. — Au contraire, le père peut nommer un conseil à la mère survivante. — Texte de l'article 391. — Observations.
80. — En quelle forme cette nomination peut-elle être faite?
81. — Suite.

qu'il ne soit dans un des cas d'excuses admis par la loi. — Au contraire, la mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle.

108. — Seulement la mère est tenue de faire nommer un autre tuteur et d'administrer provisoirement jusqu'à cette nomination. — Cette gestion provisoire est-elle une tutelle?

109. — Quels sont les pouvoirs de la mère pendant cet *intérim?*

110. — La mère pourrait-elle, après avoir accepté d'abord la tutelle, s'en démettre ensuite par sa seule volonté?

111. — Suite.

112. — Suite.

113. — L'acceptation de la tutelle par la mère peut être expresse ou tacite. — Dans quels cas est-elle expresse? Dans quels cas est-elle tacite?

114. — Suite.

115. — La mère, qui a d'abord refusé la tutelle, peut-elle être ensuite nommée tutrice par le conseil de famille?

116. — IV. Le père, qui se remarie, conserve la tutelle des enfants de son premier mariage. — Au contraire, la mère, qui se remarie, est obligée de convoquer le conseil de famille, qui décide si la tutelle doit lui être conservée ou retirée.

117. — Suite. — Motifs.

118. — Deux hypothèses peuvent se présenter.

119. — Première hypothèse : La mère n'a pas convoqué le conseil de famille avant de se remarier. — Elle perd la tutelle de plein droit. — Et pourtant elle conserve, à certains égards, une tutelle de fait.

120. — Peut-elle désormais engager le mineur envers les tiers?

121. — Le payement, qu'un débiteur du mineur aurait fait entre ses mains, serait-il valable?

122. — La nullité des actes passés par la mère, depuis son convol, est-elle absolue ou seulement relative?

123. — La mère est tenue de faire tous les actes conservatoires, tant qu'un autre tuteur n'a pas été nommé.

124. — Ses immeubles continueront-ils d'être grevés de l'hypothèque légale pour raison de sa gestion ou de son défaut de gestion depuis son nouveau mariage?

125. — Le nouveau mari de la mère est solidairement responsable avec elle de toutes les suites de la tutelle qu'elle a indûment conservée. — La loi ne distingue pas sous quel régime les nouveaux époux sont mariés.

126. — A. Le nouveau mari est-il responsable des suites de la gestion même antérieure au mariage? Première opinion : Il en est responsable.

127. — Deuxième opinion : Il n'en est pas responsable.

128. — B. Les immeubles du nouveau mari sont-ils grevés de l'hypothèque légale établie par l'article 2121?

teur dans l'acte mêmede sa nomination, ou par une délibération postérieure?

149. — Ne pourrait-on pas néanmoins, dans cértains cas, prendre quelques précautions, quelques garanties contre l'administration du tuteur?

150. — Suite.

42. — « Après la dissolution du mariage, arrivée « par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la « tutelle des enfants mineurs et non émancipés, ap- « partient de plein droit au survivant des père et « mère. » (Art. 390.)

Le législateur a pensé qu'il était nécessaire qu'après la dissolution du mariage, un pouvoir nouveau, entouré de plus de garanties, s'élevât à côté de la puissance paternelle.

Mais il n'a pas voulu l'opposer, en quelque sorte, à cette puissance en l'en séparant; tout au contraire, il l'y réunit, et c'est au survivant des père et mère qu'il confère *de plein droit* la tutelle de ses enfants mineurs.

43. — Le survivant n'a donc en général aucune formalité à remplir pour être investi de la tutelle. Il n'a rien à demander au conseil de famille ni au tribunal; c'est la loi elle-même qui le déclare tuteur.

Il faut seulement qu'*avant d'entrer en fonctions*, il provoque la nomination d'un subrogé tuteur (art. 421).

44.—La tutelle appartient au survivant, lors même qu'il serait mineur.

Il est vrai, qu'en règle générale, les mineurs sont incapables d'être appelés à la tutelle.

Mais précisément l'article 442-1°, qui pose cette règle, y fait exception pour le père ou la mère du mineur.

45. — La règle est donc la même, sous ce rapport, pour la mère aussi bien que pour le père.

L'article 390 est positif :

« .... La tutelle......... appartient de plein droit « *au survivant des père et mère.* »

On faisait autrefois, il est vrai, des différences entre l'un et l'autre; et lors des discussions préparatoires du Code Napoléon, il fut aussi proposé de ne point déférer indistinctement, de plein droit, la tutelle légale à la mère survivante, mais de charger le conseil de famille d'examiner en fait, si la mère était, à raison de son âge, de son caractère, de son intelligence plus ou moins grande des affaires et de toutes autres circonstances, en état de bien gérer la tutelle (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 149).

Mais finalement on se décida à faire, de la tutelle, une puissance *naturellement* accessoire de la puissance paternelle, au profit du survivant, sans distinction.

46. — Toutefois, il était impossible de ne pas tenir compte, en cette matière, de certaines différences marquées par la raison et par la nécessité même, entre l'homme et la femme, entre le père et la mère survivants.

Ces différences ont donc été admises ; et tel est l'objet des articles qui forment, dans le Code Napoléon, la section I du chapitre II de notre titre.

Elles sont au nombre de quatre, que nous allons successivement examiner.

47. — I. La tutelle du père survivant commence toujours au moment de la mort de la mère.

Il n'y a point d'intervalle, point d'incertitude ni d'attente possible, point de mesures provisoires.

Au contraire, il se peut que la tutelle légale de la mère survivante ne s'ouvre pas immédiatement après la mort du père.

L'article 393 est, en effet, ainsi conçu :

« Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte,

« il sera nommé un curateur au ventre par le conseil « de famille.

« A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra « tutrice, et le curateur en sera de plein droit le su- « brogé tuteur. »

La tutelle donc n'est pas encore organisée ni même ouverte; la mère *deviendra* tutrice, seulement à la naissance de l'enfant ; et jusque-là, il n'y a lieu qu'aux mesures provisoires que notre texte ordonne.

48. — Mais pourquoi ce texte? Et ne peut-on pas lui adresser cette objection :

L'enfant, même simplement conçu, est réputé né, toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts (*voy.* notre t. I, n° 151, p. 158). Il est, par exemple, capable de recueillir une succession (art. 725-1°; ajout. art. 906), et par conséquent c'est lui qui recueille la succession de son père décédé;

Or, la tutelle est certainement dans l'intérêt du mineur ;

Donc, la mère devrait être de suite tutrice légale de son enfant, même seulement conçu, d'autant mieux que cet enfant est héritier du mari prédécédé.

Il n'en est pas ainsi pourtant, et par plusieurs motifs:

D'abord, d'après d'anciennes traditions, plus ou moins rationnelles, le *tuteur* proprement dit, ne devait être donné qu'à l'enfant déjà né. *Ventri tutor a magistratibus populi romani dari non potest ; curator potest* (L. 20, ff. *de Tut. et curat.*). Ce n'était que par exception que l'ascendant pouvait, en vertu de la puissance paternelle, nommer un tuteur testamentaire à son enfant posthume (Inst., *de Tutelis*, § 4). L'article 393 pourrait être, sous ce premier point de vue, un vestige de cette proposition ancienne et telle qu'elle.

Et puis, la vocation héréditaire de l'enfant conçu n'est pas pure et simple; elle est, au contraire, dou-

blement conditionnelle : Naîtra-t-il vivant? Naîtra-t-il viable? Tant que dure cette incertitude, la vocation de ceux qui recueilleraient l'hérédité à son défaut, est elle-même très-sérieusement en éveil, et il était juste de s'en préoccuper.

Et puis enfin, sous un autre rapport, cette situation présente un danger qui devait exciter aussi la surveillance de la loi : le danger d'une suppression, ou d'une supposition de part, ou d'une substitution d'enfant.

On peut craindre que la femme enceinte, lors du décès du mari, ne cherche à supprimer son enfant pour conserver, par exemple, elle-même, en toute propriété peut-être, la fortune de son mari, dont elle serait donataire. Elle aurait, il est vrai, pendant dix-huit ans, l'usufruit des biens de son mari, dont l'enfant serait héritier; mais cet usufruit, elle le perdrait par un second mariage, et peut-être elle aurait quelque projet de ce genre, quelque passion aveugle qui pourrait la pousser à un crime odieux, quoique très-rare, Dieu merci!

On peut craindre surtout que la femme, qui ne serait pas enceinte, ne suppose faussement une grossesse (surtout si elle n'a reçu de son mari que de faibles libéralités), afin d'enlever sa fortune à ses héritiers, et de la retenir, pour son enfant, des biens duquel elle aurait l'usufruit pendant dix-huit ans, et qui, dans tous les cas, lui devrait une pension alimentaire.

Cette situation a été, dans tous les temps, l'objet de la préoccupation du législateur.

Le droit romain y veillait avec un luxe de précautions et de détails, qui ne serait plus dans nos mœurs (comp. L. 20, princ., ff. *de Tutoribus;* et les titres du Digeste : *De inspiciendo ventre, custodiendoque partu* (lib. XXV, tit. IV); *Si ventris nomine,* etc. (tit. V); *Si*

mulier ventris nomine, etc. (tit. VI); *De ventre in possessionem mittendo* (lib. XXXVII, tit. IX).

Et c'est du droit romain que ces mots : *curateur au ventre*, ont passé dans notre ancienne jurisprudence, qui n'avait pas manqué non plus de pourvoir aux intérêts publics et privés, que cette hypothèse peut mettre en péril (Meslé, *des Tutelles*, liv. I, chap. II, n[os] 6 et 8; *Nouveau Denizart*, t. V, v° *Curatelle*, § 5).

Notre Code a aussi adopté cette formule un peu barbare, il est vrai; mais l'usage l'avait consacrée, et c'est par ce motif qu'elle a été substituée aux mots de *curateur à l'enfant à naître*, qui se trouvaient d'abord dans le projet (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 99 et 159).

Ces dernières expressions, d'ailleurs, en supposant que ce curateur n'était chargé que de veiller aux intérêts de l'enfant à naître, n'exprimaient pas exactement la mission qui lui est confiée.

49. — Cette mission, en effet, a un double but, qui correspond au double motif, sur lequel l'article 393 est fondé.

Le curateur doit :

1° Administrer les biens;

2° Veiller au danger d'une suppression ou d'une supposition de part.

.... *Curator bonis et ventri datur....* (ff. *De ventre in possess. mitt.*, lib. I, § 18).

50. — 1° Je dis d'abord que c'est le curateur qui est chargé d'administrer la succession du mari prédécédé.

MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing enseignent « qu'indépendamment des fonctions attribuées au curateur au ventre, il peut y avoir lieu de donner un représentant à l'enfant conçu, soit pour exercer ses droits (art. 725, 906), soit du moins pour faire, dans son intérêt, des actes conservatoires. Dans ce cas,

suivant ces auteurs, c'est la mère qui exerce, par anticipation, les fonctions de tutrice; et le curateur au ventre doit exercer, par anticipation aussi, les fonctions de subrogé tuteur, s'il arrive que les intérêts de la mère soient en opposition avec ceux de l'enfant conçu. » (T. I, nº 592.)

Je ne crois pas que cette proposition soit exacte.

Elle est contraire d'abord aux traditions de l'ancien droit :

« On nomme un curateur (dit le *Nouveau Denizart*), qui est chargé d'agir pour le posthume et en son nom, et de défendre ses intérêts, de quelque manière que ce soit.

« Le curateur au ventre a l'administration des biens.... » (T. V, vº *Curatelle*, § 8, nºs 1, 2.)

L'article 393 me paraît conférer aussi au curateur la possession et l'administration des biens, puisqu'il déclare que la mère n'est pas encore tutrice. On ne pourrait pas d'ailleurs accorder à la mère des pouvoirs d'administration en concurrence avec ceux du curateur, sans s'exposer à toutes sortes de tiraillements et de conflits.

51. — Il est vrai que le curateur au ventre n'administre pas seulement dans l'intérêt de l'enfant à naître, mais aussi dans l'intérêt éventuel des futurs ayants droit, quels qu'ils puissent être.

Son devoir précisément est de ménager les uns et les autres; de veiller, dans l'intérêt commun de tous, à la conservation des biens, d'empêcher les dégradations, les soustractions, les détournements; il a, sous ce rapport, le rôle d'un séquestre en même temps que celui d'administrateur.

S'il arrivait qu'il négligeât une mesure quelconque, qui intéresserait particulièrement l'enfant à naître, la mère sans doute ou plutôt la veuve pourrait l'en avertir,

et, en cas de refus de sa part, provoquer la convocation du conseil de famille pour demander que cette mesure fût ordonnée par une délibération.

Mais ce que je ne crois pas, c'est que la mère puisse elle-même s'immiscer directement dans l'administration des biens.

52. — Le texte ne définit pas les pouvoirs de ce curateur.

Mais l'objet même de sa mission en indique suffisamment le caractère et l'étendue.

Le curateur est là en attendant; il est là provisoirement et pour maintenir le *statu quo* jusqu'au dénoûment de cette situation indécise.

Il ne doit donc faire que les actes conservatoires, les actes d'administration, les seuls actes même, autant que possible, nécessaires. Il doit renouveler les inscriptions, interrompre les prescriptions, exercer les actions possessoires, recevoir les revenus, les remboursements des créances. payer les dettes exigibles.

53. — M. Magnin (t. I, n° 593) lui refuse, en principe, le droit de consentir des baux.

Je reconnais qu'un tel acte est plus grave et qu'il convient que le curateur attende, s'il se peut, la fin de sa courte gestion ; ou qu'il ne traite qu'avec l'autorisation de la famille ; mais néanmoins si le bail avait été passé de bonne foi, même par le curateur seul, je crois qu'il serait valable (Toullier, t, II. n° 1100; Duranton, t. III, n° 430).

54. — Le curateur est, par *intérim*, le représentant du patrimoine et de quiconque sera appelé ensuite à le recueillir; mais il est bien évident qu'il ne saurait avoir des pouvoirs plus étendus que ceux du tuteur, et que dès lors il devrait observer les formalités imposées au tuteur pour tout acte qui excéderait les limites de l'administration, s'il arrivait qu'un

acte de ce genre devînt indispensable pendant sa gestion.

55. — Le curateur devrait aussi, sans doute, fournir une provision à la veuve, si celle-ci la réclamait (arg. de l'article 725).

Mais c'est au conseil de famille qu'il appartient de prononcer à cet égard, et de déterminer le montant de la provision qu'il convient d'accorder, sauf à la femme à se pourvoir devant le tribunal contre la décision de la famille (arg. des articles 454 et 510).

56. — Inutile de dire que le curateur, après sa gestion, devra en rendre compte à qui il appartiendra.

C'est le devoir de tout administrateur (art. 469, 813, 1993, etc. C. Nap.).

57. — Encore bien que le curateur administre et qu'il ait le maniement des deniers, ses immeubles ne sont pas grevés de l'hypothèque légale, que l'article 2121 établit, dans le cas de tutelle, sur les immeubles du tuteur.

Car il n'y a pas de tutelle; et il n'est pas *tuteur* (Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 228).

58. — 2° Le curateur *au ventre* (son titre même l'annonce) est aussi préposé à la surveillance de la femme, à l'effet d'empêcher une suppression ou une supposition de part, ou la substitution d'un enfant à un autre.

Cette surveillance sans doute ne saurait être exercée par le curateur avec trop de convenance, de discrétion et de réserve; et il est vrai aussi de reconnaître que le curateur n'a pas précisément d'autorité sur la femme, à laquelle il ne peut prescrire aucune mesure, ni par exemple assigner le lieu de sa résidence ou de son accouchement.

Mais pourtant, faut-il aller jusqu'à dire que « le respect dû à la liberté individuelle et l'exacte obser-

vation des mœurs réduisent, à cet égard, son droit à une espèce d'abstraction ? » (Taulier, t. II, p. 16.)

Qui veut la fin, veut les moyens; et la loi, en chargeant ce curateur de veiller à la garantie d'un intérêt de la plus haute importance, d'un intérêt public autant que privé, la loi l'a, par cela même, autorisé à employer les mesures indispensables pour découvrir la fraude et le crime qu'il a mission de surveiller.

Il est vrai que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas reproduit les dispositions de la loi romaine : *de inspiciendo ventre, custodiendoque partu* (Digeste), et je les en loue moi-même. Ils ont bien fait assurément de ne pas infliger toujours et quand même ! à la douleur de la veuve, qui se déclare enceinte au décès de son mari, l'inévitable humiliation de la visite des matrones ; et je comprends aussi très-bien qu'ils n'aient pas déterminé le nombre des lumières qui devraient éclairer la chambre de l'accouchement, etc., etc.

Mais il ne faut pas non plus que nous tombions d'un excès de précaution dans un excès d'imprévoyance.

59.—Et d'abord, que le curateur ait, en vertu de sa qualité même, le droit de rendre des visites à la femme dans son domicile, et même aussi d'assister à son accouchement, je le crois avec M. Magnin (t. I, n° 588).

J'ajoute que le Code Napoléon, par son silence, s'en est remis à la sagesse des magistrats, pour ordonner, en cas de contestation entre le curateur au ventre et la femme, toutes les autres mesures qui leur paraîtraient convenables et nécessaires, eu égard aux circonstances et au caractère plus ou moins suspect de la situation (comp. Trib. civ. de Carcassonne, 1er mai 1855, Maraval, le *Droit* du 11 mai 1855).

60.—Je pense, par exemple, que le curateur peut

demander que la femme soit visitée par des matrones, et que le tribunal a le pouvoir d'ordonner cette mesure, si en effet des circonstances particulières et de graves soupçons font penser que la femme simule une grossesse qui n'existe pas, ou cache au contraire une grossesse véritable.

61. — La Cour d'Aix a jugé, il est vrai, qu'il suffit que la veuve se déclare enceinte, pour que le droit des parents les plus proches du défunt à l'envoi en possession de sa succession se trouve suspendu, et que ceux-ci n'ont pas le droit d'exiger que la déclaration de la veuve soit vérifiée par une visite de matrones (19 mars 1807, Chiousse, Sirey, 1807, II, 167).

Je reconnais aussi, comme je viens de le dire, que tel n'est pas le droit des héritiers du mari ou des autres intéressés. La mère n'étant pas non plus envoyée en possession des biens au nom de l'enfant conçu, il n'y avait pas lieu de la soumettre à cette visite, que le droit romain lui-même n'ordonnait que comme une condition de son envoi en possession (*de ventre in possessionem mittendo*).

Mais ce que je dis, c'est que si on signale, en fait, à la justice, de sérieuses présomptions de fraude, il ne se peut pas que la justice n'ait pas l'autorité nécessaire pour les approfondir et pour protéger les droits menacés.

62. — C'est par les mêmes motifs que je n'admets pas non plus la proposition que quelques auteurs paraissent enseigner (Zachariæ, t. I, p. 270 ; Bousquet, *des Conseils de famille*, art. 393), à savoir : que le curateur au ventre ne pourrait être nommé que sur la demande de la femme et lorsqu'elle se déclare elle-même enceinte :

1° Le texte de l'article 393 est en effet absolu : « Si, lors du décès du mari, *la femme est enceinte....* »

2° Ce n'est pas seulement dans l'intérêt de la femme et de l'enfant à naître, que le curateur est nommé; c'est aussi dans l'intérêt des parents du mari, et plus généralement de tous ceux dont la naissance de l'enfant détruirait ou diminuerait les droits sur la succession. Il faut donc qu'ils aient aussi qualité pour provoquer cette mesure qui les intéresse.

3° S'il est vrai enfin que le texte ait eu plus spécialement pour but de prévenir la supposition de part ou la substitution d'un enfant vivant et viable à un enfant mort-né ou non viable, le danger de la suppression de part, quoique beaucoup plus rare, n'est pas néanmoins impossible; et lorsqu'en fait, ce danger est signalé par les intéressés, la raison et la prudence exigent qu'on applique l'article 393, qui, dans la généralité de ses termes, comprend en effet toutes ces hypothèses.

63. — Tout intéressé aurait donc qualité pour demander au conseil de famille la nomination d'un curateur au ventre; et même le juge de paix d'office peut convoquer à cet effet le conseil (Merlin, *Rép.*, t. III, v° *Curateur*, § 9; Magnin, t. I, n° 586).

64. — C'est effectivement le conseil de famille qui nomme toujours le curateur au ventre.

C'était autrefois le juge, sur l'avis seulement des parents (*Nouveau Denizart*. t. V, v° *Curatelle*, § 8, n° 1).

Mais notre article 393 est formel.

65. — Et cela est d'ailleurs en harmonie avec le système général de la loi.

En effet, le subrogé tuteur est toujours nommé par le conseil de famille (art. 420).

Or, le curateur au ventre est une sorte de subrogé tuteur en expectative.

Car à la naissance de l'enfant, dit l'article 393, *il en sera de plein droit le subrogé tuteur*.

66. — De cette disposition finale de l'article 393, il faut encore déduire les trois conséquences suivantes :

1° Que la mère ne doit point concourir à sa nomination ; car elle sera elle-même ou du moins elle pourra être tutrice (art 393, 394) ; et le tuteur ne doit pas voter pour la nomination du subrogé tuteur (art. 423) ;

2° Que le curateur doit être choisi dans la ligne paternelle ; car la mère doit ou peut du moins être tutrice, et le subrogé tuteur ne doit pas appartenir à la même ligne que le tuteur (art. 423) ;

3° Que la personne nommée aux fonctions de curateur au ventre ne peut se dispenser d'accepter que dans le cas où le subrogé tuteur le pourrait, ou en d'autres termes, que l'article 426 lui est applicable.

67. — M. Magnin enseigne que le curateur au ventre aurait de plein droit qualité pour remplir les fonctions de tuteur *ad hoc*, aux termes de l'article 318 du Code Napoléon, si la légitimité de l'enfant était l'objet d'une action en désaveu (t. I, n° 589).

Mais cette opinion suppose que l'action en désaveu serait admissible contre un enfant seulement conçu et dès avant sa naissance.

Or, j'ai dit ailleurs pourquoi je pense au contraire que le désaveu ne peut être formé contre l'enfant qu'après sa naissance (*voy.* notre t. V, n° 161).

68. — Point de doute au reste que la légitimité de l'enfant posthume ne soit indépendante de la nomination d'un curateur au ventre.

La mère, il est vrai, fera toujours très-sagement, pour elle-même, pour sa garantie morale, et aussi dans l'intérêt de son enfant, de provoquer cette nomination.

Mais la légitimité même de son enfant n'est certai-

nement pas subordonnée à l'accomplissement de cette mesure.

69. — Quelques auteurs enseignent que l'article 393 n'est applicable que lorsque la femme, enceinte au décès du mari, n'a d'ailleurs aucun autre enfant du mariage, sans distinguer si l'enfant déjà né est majeur ou mineur, émancipé ou non émancipé.

Et, dans le sens de cette opinion, on peut raisonner ainsi :

1° Le but principal de l'article 393 est de prévenir la supposition de part, au moyen de laquelle la veuve tenterait d'enlever la fortune du mari à sa famille personne.

Or, ce danger n'existe sérieusement que lorsque la femme n'a pas d'enfant.

2° De deux choses l'une, en effet :

Ou les enfants déjà nés sont mineurs; et alors la mère est tutrice, et il y a un subrogé tuteur. Si vous nommez en outre un curateur au ventre, vous aurez bientôt deux subrogés tuteurs dans une même tutelle !

Ou les enfants sont majeurs; et alors ils veilleront eux-mêmes à ce qu'il n'y ait pas supposition de part; ils se mettront en possession de l'hérédité paternelle; sauf à ne la point partager jusqu'à la délivrance de la mère (comp. Taulier, t. II, p. 17; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 592; Duranton, t. III, n° 429).

70. —Je ne saurais admettre cette doctrine.

Tout au moins faut-il faire une distinction entre le cas où l'enfant déjà né est majeur ou émancipé et le cas où il est mineur non émancipé.

Dans le premier cas en effet, c'est-à-dire lorsque l'enfant ou les enfants déjà nés sont majeurs ou émancipés, il me paraît certain que l'article doit recevoir son application :

1° Le texte est absolu et ne comporte pas du tout la distinction que l'on veut faire;

2° Les dangers que ce texte a voulu prévenir, dangers de suppression ou de supposition de part, existent toujours à un moindre degré, sans doute, mais d'une manière assez grave encore pour que la loi ait dû y pourvoir.

Vous dites que « les autres enfants se mettront eux-mêmes en possession de la fortune paternelle.... » (Taulier, *loc. sup. cit.*)

Eh ! qui donc alors veillera aux intérêts de l'enfant conçu? qui empêchera les collusions frauduleuses, les recélés, les soustractions?

Il faut donc à l'enfant conçu un défenseur ; ce ne peut pas être la mère qui n'est pas tutrice encore; ce sera donc un curateur au ventre (de Fréminville, *de la Minorité*, t. I, n° 62; Magnin, t. I, n° 592; Marcadé, t. II, art. 393 ; Augier, *Encyclopédie des juges de paix*, t. V, v° *Tutelle*, n° 18).

71. — La question peut paraître plus délicate dans le second cas, c'est-à-dire, lorsque les enfants déjà existants sont mineurs non émancipés.

Et cette question en effet a divisé les auteurs mêmes qui s'accordent sur le premier cas, dont je viens de m'occuper.

Les uns enseignent qu'alors l'article 393 n'est point applicable : la mère a l'usufruit des biens de ses enfants mineurs de dix-huit ans; il ne s'agirait donc pour elle qui d'étendre cet usufruit sur une plus grande partie des biens et de le faire durer plus longtemps; mais ce danger-là est déjà beaucoup moindre. Et puis d'ailleurs la tutelle est ouverte; la mère est tutrice, et il y a un subrogé tuteur; or, le texte n'a au contraire en vue que l'hypothèse où la tutelle n'existe pas encore, puisqu'il dit qu'à *la naissance de l'enfant, le curateur au*

ventre sera de plein droit subrogé tuteur; il suppose donc qu'il n'y a pas de subrogé tuteur. Et en effet, s'il y en a un, à quoi bon un curateur au ventre? Est-ce que le subrogé tuteur n'a pas essentiellement une mission de surveillance?

Aussi l'article 6 du projet faisant suite à l'article 5 (aujourd'hui l'article 393) était-il ainsi conçu :

« Quand il existera d'autres enfants, le subrogé tuteur remplira en même temps les fonctions de curateur. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 159.)

Si cet article n'a pas été admis, c'est sans doute que l'on a cru inutile de formuler une proposition, qui ne pouvait pas souffrir de doute et qui d'ailleurs était déjà renfermée dans l'article 393 (Delvincourt, t. I, p. 103, note 15; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 502; Marcadé, t. I, art. 393).

72.—Mais c'est précisément de la suppression de l'article 6 du projet, que les autres jurisconsultes argumentent en sens contraire.

Le rejet même de l'article, disent-ils, prouve que la disposition, qu'il renfermait, n'a pas été adoptée.

L'article 393 demeure donc avec la généralité absolue de ses termes, qui s'appliquent toujours, sans aucune distinction, au cas où la femme est enceinte.

Et quant aux motifs de cet article, s'il est vrai qu'ils n'existent pas avec la même force lorsque la femme a déjà des enfants mineurs non émancipés, il s'en faut pourtant que la nomination du curateur soit inutile dans cette hypothèse; elle est toujours, même alors, un acte de prévoyance dans l'intérêt public aussi bien que dans l'intérêt privé de l'enfant à naître, et de tous les autres ayants droit (Magnin, t. I, n°s 592-599; de Fréminville, t. I, n° 62; D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle*, n° 11).

Je me hâte toutefois d'ajouter que cette dissidence

n'est pas très-profonde; car les auteurs qui veulent que l'article 393 soit applicable dans le cas où il y a d'autres enfants mineurs non émancipés, ces auteurs ajoutent que le conseil de famille doit *conférer* les deux qualités de subrogé tuteur et de curateur au ventre *à une seule personne.*

Et comme les autres enseignent qu'il n'y a pas lieu de nommer un curateur au ventre, parce que le subrogé tuteur en remplira la mission, on voit que nous sommes, au fond, bien près de nous entendre.

73. — Je conclus donc, en ce qui me concerne, qu'il n'y a pas lieu en effet, dans ce cas, à la nomination spéciale d'un curateur au ventre, mais que le subrogé tuteur est, par le caractère même de la situation, appelé à exercer la surveillance qu'elle réclame.

D'où il suit que, si la tutelle de l'enfant déjà né finissait avant la délivrance de la mère, il y aurait lieu de nommer un curateur au ventre (comp. Demante, t. II, n° 142 *bis;* Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 483; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 238).

74. — Au reste, ce qui me paraît incontestable, c'est que le droit d'administration, quoique provisoire et très-limité, que nous avons reconnu au curateur au ventre, ne peut s'appliquer qu'au cas où il n'y a pas d'autres enfants du mariage.

Si en effet il y a des enfants mineurs, c'est la mère tutrice (ou le tuteur qui la remplace) qui doit gérer toute la fortune paternelle (comp. art. 450, 420). On ne pourrait pas, sans beaucoup d'inconvénients, donner un droit partiel d'administration au curateur au ventre sur cette masse indivise.

Que si les enfants sont majeurs, le pouvoir du curateur au ventre est plus grand; car il a le droit non-seulement de surveiller leur gestion, mais d'y inter-

venir, et même, s'il le croit utile, d'y concourir pour la défense des intérêts de l'enfant à naître.

75. — Par un arrêt dont M. Dalloz ne reproduit que le sommaire, la Cour de Besançon a jugé :

« Que le curateur au ventre, étant institué uniquement pour surveiller les intérêts de l'enfant conçu et empêcher une supposition de part, ne peut en conséquence requérir l'apposition des scellés sur les effets provenant de la succession du père de l'enfant conçu qu'il représente, ni défendre à une action en partage dirigée contre lui et relative à cette même succession. » (14 mai 1810, Sage, D., *Rec. alph.*, t. XII, vº *Tutelle*, nº 12.)

Les scellés et l'inventaire sont des mesures conservatoires, qui rentrent parfaitement dans la mission du curateur; et après avoir reconnu que le curateur est institué pour surveiller les intérêts de l'enfant conçu, il nous semble qu'il fallait déduire de cette prémisse une conclusion toute contraire à celle de l'arrêt (art. 1180 Cod. Napol.; 909, 911 procéd.).

76. — Quant à la question de savoir si le curateur peut provoquer le partage, elle est plus délicate; et on peut même se demander si, dans une telle situation, le partage peut être provoqué soit par le curateur contre les autres enfants déjà nés, soit par ceux-ci contre le curateur.

Que l'action en partage ne puisse pas être formée par le curateur, cela paraît certain :

1° Parce que son mandat se borne à faire les actes seulement conservatoires, et qu'il n'est nullement organisé pour des actes plus importants;

2° Parce que les autres enfants seraient fondés à prétendre que la vocation de l'enfant conçu étant conditionnelle et pouvant en définitive ne pas se réaliser, il convient d'attendre l'événement avant de s'engager

dans les frais considérables d'un partage judiciaire, qui serait complétement inutile, si l'enfant ne naît pas vivant et viable.

77. — Ce second motif manque, il est vrai, pour repousser, ou plutôt pour faire ajourner l'action en partage qui serait formée par l'enfant déjà né contre le curateur au ventre, comme représentant de l'enfant conçu; car ce dernier enfant, lui, n'a pas d'intérêt à l'ajournement. En effet, s'il est héritier, le partage aura été nécessaire, et s'il ne l'est pas, que lui importe? la faute et les frais seront pour le demandeur.

Pourtant n'est-il pas encore exact de dire, dans ce second cas, que la loi n'a pas organisé les pouvoirs du curateur au ventre en vue d'une action aussi grave?

Le mineur, en pareille occurrence, n'est pas seulement protégé par son tuteur; le subrogé tuteur y remplit en outre un rôle de surveillance très-important et qui offre les plus précieuses garanties. C'est ainsi qu'en cas de vente et de licitation, il doit y être appelé (comp. art. 459 Cod. Napol., 962 et 972 procéd.). C'est ainsi que le jugement d'homologation du procès-verbal de partage doit être signifié au tuteur et au subrogé tuteur (comp. art. 444, 981 procéd.).

Or, l'absence d'un subrogé tuteur ne permettrait pas ici d'accomplir ces conditions.

Donc, il a été dans la pensée de la loi qu'il y avait là une attente nécessaire et un ajournement forcé de l'action en partage, sauf à prendre, bien entendu, des mesures conservatoires et à accorder, s'il y a lieu, des provisions, etc. (art. 815-2°; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 503; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 228).

78. — Que si cette solution paraissait trop radicale, et si on lui reprochait de tenir arbitrairement en échec le droit, pour les enfants déjà nés, de sortir de

l'indivision, tout au moins pensons-nous qu'il conviendrait d'adjoindre au curateur au ventre une espèce de *subrogé tuteur*, afin que toutes les conditions protectrices du mineur pussent être accomplies; car on ne comprendrait pas pourquoi l'enfant seulement conçu serait moins protégé que le mineur en général.

79. — II. La mère ne peut, en aucune façon, modifier les pouvoirs qui appartiennent au père survivant en sa qualité de tuteur.

Au contraire, aux termes de l'article 391 :

« Pourra néanmoins le père nommer à la mère sur-
« vivante et tutrice un conseil spécial, sans l'avis du-
« quel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la
« tutelle.

« Si le père spécifie les actes pour lesquels le con-
« seil sera nommé, la tutrice sera habile à faire les
« autres sans son assistance. »

Le droit du père, à cet égard, est absolu; l'exercice n'en est subordonné à aucune condition.

Il n'est donc pas tenu d'exprimer ses motifs particuliers; le motif général de la loi, c'est la faiblesse du sexe, c'est l'inexpérience ordinaire de la femme dans les affaires de la vie civile.

80. — « Cette nomination de conseil ne pourra être
« faite que de l'une des manières suivantes :

« 1° Par acte de dernière volonté;

« 2° Par une déclaration faite ou devant le juge de
« paix assisté de son greffier, ou devant notaires. »
(Art. 392).

Que la nomination du conseil puisse être faite par acte de dernière volonté, cela est logique; car elle constitue une disposition à cause de mort pour le temps où le père n'existera plus.

Il n'est pas d'ailleurs nécessaire que l'acte *ologra-*

phe, public ou *mystique* (art. 969), par lequel elle serait faite, renferme en outre une disposition de biens quelconque; on n'emprunte ici au testament que sa forme extérieure et instrumentaire.

81. — La loi, qui favorise cette nomination du conseil aussi bien que la nomination du tuteur testamentaire (art. 398), permet en outre de la faire par une déclaration authentique, qui, dans ce cas particulier, peut être reçue indistinctement par des notaires ou par le juge de paix assisté de son greffier.

82. — Je dis par une déclaration authentique, ainsi que cela résulte du nº 2 de l'article 392.

Une déclaration sous seing privé serait donc nulle, à moins qu'elle ne réunît les conditions d'un testament olographe (art. 970); auquel cas elle serait valable, d'après le nº 1 de notre article.

83. — Zachariæ enseigne que le juge de paix compétent pour recevoir cette déclaration est celui du domicile de la femme survivante (t. I, comp. p. 205 et 272; ajout. Massé et Vergé, t. I, p. 485).

Et à l'appui de cette opinion, on peut remarquer :

1° Que l'article 392, en disant que la déclaration pourra être faite devant *le* juge de paix, et non pas devant *un* juge de paix, semble indiquer en effet un juge déterminé;

2° Que la tutelle devant s'ouvrir au lieu de ce domicile, il était convenable d'exiger que la nomination du conseil y fût faite également, de manière qu'elle pût y être connue de suite, et que le conseil pût aussitôt assister la mère dans les actes qui suivent l'ouverture de la tutelle, tels que l'inventaire, etc.

Qu'il soit plus convenable et plus sûr de faire la nomination du conseil devant le juge de paix du lieu où la tutelle s'ouvrira, point de doute.

Mais je nie que la nomination, qui serait faite de-

vant un autre juge de paix, dût être pour cela déclarée nulle.

Le projet du Code Napoléon ne renfermait d'abord aucune disposition sur le droit du père de donner un conseil à la mère survivante; mais il déterminait en ces termes le mode de nomination du tuteur testamentaire :

« Le survivant des père et mère ne peut choisir un tuteur que par acte de dernière volonté, ou par déclaration faite soit devant *le juge de paix de son domicile*, soit devant un notaire, en présence de deux témoins. » (Art. 16.)

La faculté pour le père prémourant de nommer un conseil à la mère ayant été admise par le Conseil d'État, on reconnut que la forme devait être la même que celle requise pour la nomination du tuteur testamentaire; et c'est à cette occasion que la section du Tribunat s'exprima ainsi sur l'article 16 du projet :

« On pense que la déclaration portant nomination d'un conseil de la part du père à la mère survivante et tutrice peut valablement être faite devant tout juge de paix, et qu'il n'importe point si le déclarant est ou n'est pas domicilié dans son ressort. Ainsi, au lieu des mots, devant *le* juge de paix, on propose de dire, devant *un* juge de paix. » (Comp. Fenet, t. II, p. 72, et Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 216.)

Qu'est-il arrivé?

D'une part, on a laissé dans l'article les mots : *le* juge de paix, qui, d'après l'observation du Tribunat, semblaient désigner le juge de paix du domicile du déclarant; mais, d'autre part, on a retranché du projet ces autres mots qui s'y trouvaient : devant le juge de paix *de son domicile*.

De telle sorte qu'il est douteux si, finalement, le législateur n'a pas entendu se rendre à l'observation du Tribunat.

Dans ce doute, je crois qu'il ne serait pas possible d'annuler une nomination de conseil que le père aurait faite devant un autre juge de paix que celui de son domicile ; d'autant plus que cette nomination peut être faite valablement devant tout notaire, de quelque résidence que ce soit (Toullier, t. II, n° 1097 ; D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 701 ; n° 12 ; de Fréminville, t. I, n° 37 ; D., *Rec. alph.*, v° *Tutelle*, p. 701, note 2 ; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 361).

84. — Il n'est pas douteux que la nomination de ce conseil peut être révoquée par le père jusqu'à son dernier moment ; car elle dépend de sa volonté et de son appréciation personnelle (arg. de l'article 895).

85. — Et même on pourrait se demander si la révocation est soumise à une forme quelconque et s'il ne suffit pas dans ce cas que la volonté du père soit certaine, d'une manière quelconque.

Néanmoins, il me paraît plus logique et plus sage de décider que la révocation doit être faite dans la même forme que la nomination (art. 392, 1035).

86. — Aucun texte n'impose à la personne, que le père a nommée conseil de la mère, l'obligation d'accepter cette mission.

On pourrait, à la vérité, invoquer en sens contraire les articles 432, 426 et suivants, et soutenir que cette mission étant moins pénible que celle de la tutelle ou de la subrogée tutelle, et se rattachant d'ailleurs elle-même à la tutelle, est obligatoire *a fortiori* comme celles de tuteur et de subrogé tuteur.

Mais il faut bien reconnaître néanmoins que cette mission n'est pas elle-même une tutelle, ni une subrogée tutelle ; et que par conséquent les articles, qui rendent la tutelle et la subrogée tutelle obligatoires, ne sont pas ici applicables (art. 401, 426, 427 et suivants).

Il n'y a donc là qu'un mandat ordinaire, que la personne désignée est libre de ne pas accepter, lors même qu'elle serait parente ou alliée très-proche du père ou de la mère (art. 1984; Marchant, n° 18).

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, remarquent aussi, fort justement, que la nomination d'un conseil de tutelle n'est pas le résultat d'une nécessité légale, et qu'elle est purement facultative pour le père, qui n'est pas seulement appelé à désigner le conseil, mais à décider s'il y a lieu ou non d'en instituer un (sur Zachariæ, t. I, p. 362).

87. — D'où il suit même que la personne nommée par le père peut, après avoir accepté ce mandat, y renoncer ensuite avant l'expiration de la tutelle de la mère (comp. art. 2003, 2007).

88. — Est-ce à dire toutefois que le père pourra aussi nommer conseil de la mère toute personne qu'il pourrait choisir comme mandataire? (Art. 1990.)

Cette conséquence, quoique logique en apparence, n'est pourtant pas raisonnablement possible; car on ne saurait admettre qu'une personne que la loi déclare incapable d'être tutrice, puisse être elle-même appelée à exercer le rôle de conseil auprès de la mère (art. 442; de Fréminville, t. I, n° 46; D., *Rec. alph.* v° *Tutelle*, p. 701, note 4; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° *Conseil de tutelle*, n° 13; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 362).

89. — On peut soutenir que le père a le droit de nommer à son gré une seule personne ou plusieurs.

Ce conseil, qu'il peut nommer à la mère survivante, rappelle assez bien les *conseils de tutelle*, que l'on plaçait autrefois, dans certaines coutumes, à côté du tuteur, et qui étaient composés de plusieurs membres, magistrats, avocats ou procureurs (Meslé, Ire partie, chap. IX, p. 257; Merlin, *Répert.*, t. II, v° *Conseils de tutelle*).

Le conseil d'ailleurs n'a point l'action et le pouvoir exécutif; il ne donne que son avis; et ne dit-on pas justement que deux avis valent mieux qu'un?

Le texte néanmoins ne me paraît autoriser la nomination que d'une seule personne :

Le père, d'après l'article 391, pourra nommer *un* conseil spécial;

Or, le mot : *conseil*, signifie évidemment ici *conseiller* et non pas assemblée, ou comité consultatif;

Donc, le texte lui-même s'explique.

Et c'est là ce qui résulte encore de la disposition finale, qui porte que la mère ne pourra pas faire les actes relatifs à la tutelle *sans l'assistance du conseil*, condition qui suppose de plus en plus qu'il n'y a qu'une seule personne.

C'est enfin dans le même sens que le mot *conseil* est aussi employé par les articles 499 et 513.

Combien d'ailleurs le père pourrait-il nommer de conseillers, s'il n'en doit pas nommer un seul? Le texte ne le dit pas; et dès lors il se pourrait que nous eussions là une espèce d'*assemblée*, dont les membres seraient difficiles à réunir; dont les délibérations seraient longues; dont la majorité ne se formerait que difficilement dans un sens ou dans un autre; et de là des lenteurs, des entraves, que, dans le doute, nous devons d'autant moins admettre, qu'il s'agit après tout de la mère, qui tient sa tutelle de la loi et non pas de la volonté du père (de Fréminville, t. I, n° 45; de Villargues, v° *Conseil de famille*, n° 15).

90. — J'ai déjà remarqué que ce n'est que pour les actes *relatifs à la tutelle*, que le père peut nommer un conseil à la mère survivante, et qu'il ne pourrait gêner, par aucune condition, l'exercice de la puissance paternelle, qui lui appartient après lui (art. 373; *voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*,

n°s 381, 382; Toullier, t. II, n° 1097; de Fréminville, t. I, n° 40; Allemand, *du Mariage*, t. II, n° 1184; Valette sur Proudhon, t. II, p. 287, note 1).

91. — Et même, relativement aux actes de la tutelle, le père n'a pas le droit d'adjoindre à la mère une sorte de cotuteur, qui concourrait avec elle à la gestion (Bruxelles, 21 mai 1806, Vermusch, D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle*, p. 701, n° 15; Magnin, t. I, n° 450).

C'est la mère, qui est et qui doit demeurer seule tutrice.

Le père peut seulement lui nommer un conseil, sans *l'avis*, sans *l'assistance* duquel elle ne pourra pas faire les actes de la tutelle ou du moins ceux des actes spécifiés, pour lesquels le père aurait déclaré lui nommer ce conseil.

Mais le conseil lui-même n'a pas qualité pour agir, ni même régulièrement pour provoquer la mère à agir; à plus forte raison, n'aurait-il pas qualité pour se constituer l'adversaire de la mère elle-même (Douai, 17 janvier 1820, Poiteau, Sirey, 1821, II, 117).

Il donne l'avis qui lui est demandé, il prête son assistance; voilà son rôle.

92. — On s'est même demandé si l'avis du conseil n'était pas seulement une espèce de *consultation*, que la mère serait tenue de prendre pour s'éclairer, mais qu'elle serait libre de ne pas suivre?

On pourrait en effet objecter que c'est *l'avis* du conseil, c'est-à-dire son opinion, que la mère doit obtenir; l'article 391 ne dit pas *le consentement*.

Cette objection ne serait pas sérieuse; et il faut tenir pour certain que la mère n'est point capable d'agir, malgré l'avis du conseil :

1° L'article 391 ne dit pas qu'elle ne pourra faire les actes de la tutelle, qu'après avoir *pris* l'avis du con-

seil; il dit : *sans l'avis du conseil;* ce qui est très-différent. Il est clair que cette dernière formule exige qu'il y ait accord entre le conseil et la mère.

2° Le second alinéa du même article porte que : « si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil « sera nommé, *la tutrice sera habile à faire les autres « sans son assistance.* »

Donc, elle ne sera pas habile à faire *sans son assistance* les actes spécifiés ; et le mot : *assistance*, n'est pas équivoque ; il exprime certainement la condition d'un appui, d'une adhésion. Telle est son acception dans les articles 480, 482, 499 et 513, relatifs à l'incapacité du mineur émancipé, du faible d'esprit et du prodigue.

93. — Zachariæ toutefois enseigne que, dans le cas de l'article 391, l'individu nommé par le père « est plutôt le conseiller de la femme que son conseil dans le sens propre de ce mot...; que l'on doit attacher moins d'importance à l'absence de son avis qu'au défaut d'assistance d'un conseil proprement dit, à moins cependant que le mari n'ait expressément obligé sa femme à recourir, pour tels ou tels actes, à l'assistance du conseil qu'il lui a nommé. » (T. I, p. 272.)

Nous ne saurions même admettre cette distinction :

Il nous paraît certain que l'article 391 n'a pas voulu faire de différence, sous ce rapport, entre le cas où le conseil a été donné purement et simplement à la mère, et le cas où il ne lui a été donné que pour certains actes spécifiés. Si le second alinéa déclare que la mère, dans cette seconde hypothèse, ne sera pas habile à faire, sans l'assistance du conseil, les actes spécifiés, il n'en faut certes pas conclure, *a contrario*, qu'elle sera habile à agir sans l'assistance du conseil, dans le cas où le père l'aurait nommé généralement pour tous les actes de la tutelle.

Une telle conclusion ne serait pas raisonnable! car il arriverait que l'assistance du conseil serait d'autant moins efficace que le père l'aurait jugée plus nécessaire, et que par cela seul qu'il aurait exigé son assistance pour tous les actes de la tutelle, il ne l'obtiendrait efficacement pour aucun!

Ajoutons enfin que la nomination d'un conseil, ainsi entendue, serait le plus souvent dérisoire, et qu'il serait fort à craindre que la mère ne le consultât que pour la forme (Aix, 31 mars 1840, Estelle, Dev., 1840, II, 303; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 287; Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. I, p. 363; Massé et Vergé, t. I, p. 485).

94. — Si donc il s'agit, par exemple, d'un payement à recevoir, le débiteur devra veiller à ce que le conseil assiste la mère; et il devra, pour sa garantie, exiger que le conseil signe aussi la quittance.

95. — Mais alors qu'arrivera-t-il, si la mère et le conseil sont d'un avis différent et tiennent à leur opinion également, chacun de son côté?

Ce ne serait pas résoudre la difficulté que de répondre que la mère devra s'abstenir, et que l'acte, qu'elle voulait faire, ne sera pas fait (Marcadé, t. II, art. 391, n° 1).

D'abord cet acte pourrait être très-avantageux; et la mère, dans le cas particulier, a peut-être beaucoup plus raison que le conseil. Serait-il convenable que le *veto* de celui-ci fût absolu, toujours et quand même?

Mais ce n'est pas tout; il y a beaucoup de cas dans lesquels il faut nécessairement agir, d'une manière ou de l'autre. C'est un bail à faire d'une terre ou d'une maison qui n'est pas louée; c'est un placement de capital, etc., etc.

La mère veut louer à Paul; le conseil aime mieux

Pierre; ou ils ne s'accordent pas sur les conditions du bail.

Je ne vois pas pourquoi la mère serait obligée de céder au conseil et de se rendre à son avis. C'est elle, qui est tutrice après tout, et elle a bien aussi le droit d'avoir son opinion !

Cette opinion n'est pas libre, à la vérité; et elle ne peut point se passer de l'assistance du conseil. Mais je ne crois pas qu'il en résulte que ce soit l'avis de ce dernier qui doive toujours l'emporter.

Il faut donc une autorité supérieure pour prononcer entre la mère et le conseil; cette autorité est tout naturellement le conseil de famille, sauf à la mère ou au conseil à se pourvoir contre la délibération, suivant le droit commun (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 363; Massé et Vergé, t. I, p. 485; Demante, t. II, nº 140 *bis*, II).

C'est ainsi que, dans le cas où le conseil judiciaire d'un prodigue refuse de l'assister dans un acte que celui-ci veut faire, le conseil peut être traduit devant le tribunal, pour qu'il soit déclaré que c'est à tort qu'il refuse son assistance (Orléans, 15 mai, Brujeau, Dev., 1847, II, 567).

Il est vrai que, dans cette hypothèse, le tribunal, s'il reconnaît qu'effectivement le conseil judiciaire a eu tort de refuser son assistance, nomme, définitivement ou momentanément, un autre conseil au prodigue.

Mais le conseil nommé par le père à la femme survivante, ne pouvant pas être remplacé (*infra*, nº 105), l'autorisation du conseil de famille tiendrait lieu de son avis (de Fréminville, t. I, nº 42).

Je dois dire toutefois que M. Chardon pense au contraire que la mère devrait alors traduire son conseil devant le tribunal, en la chambre du conseil pour y vider le différend (*Puiss. tut.*, nº 11).

96. — Il est d'autant plus nécessaire d'accorder à la mère un moyen de se pourvoir contre l'avis du conseil, lorsqu'elle ne le partage pas, qu'elle est toujours responsable envers le mineur, lors même que c'est de l'avis du conseil qu'elle agit.

La mère est en effet toujours tutrice; c'est elle qui administre; et aucun texte ne l'affranchit, dans le cas particulier de l'article 391, de la responsabilité que l'article 450 prononce en termes généraux.

On pourra sans doute apprécier cette responsabilité d'une manière moins rigoureuse, lorsque la mère se sera conformée à l'avis du conseil que le père lui avait nommé; mais enfin elle n'en est pas affranchie.

Au reste, il est bien entendu que la mère, tant qu'elle a l'usufruit légal, n'a pas besoin de l'avis du conseil pour administrer, pour louer, par exemple, les biens dont elle a la jouissance. Car elle exerce alors un droit qui lui est propre (art. 595).

Mais M. Chardon me paraît aller beaucoup trop loin, en déclarant que l'article 391 est une disposition *inutile*, sur laquelle on chercherait vainement, dans les recueils, *un seul arrêt* (*Puiss. tut.*, n° 10).

Nous avons fourni la preuve du contraire.

La disposition est utile, après l'expiration de l'usufruit légal, et même pendant sa durée, pour tous les actes qui dépassent les pouvoirs de l'usufruitier.

97.—Les actes faits par la mère tutrice, sans l'assistance du conseil, sont-ils annulables à l'égard des tiers?

Point de doute, si les tiers ont connu la nomination du conseil; si celui-ci, par exemple, informé d'un projet d'acte préparé par la mère, avertit le tiers et le met, par acte extrajudiciaire, en demeure de requérir son assistance.

98. — Mais, dans le cas où le tiers a ignoré la nomination du conseil, quelques auteurs enseignent que

l'acte est valable en ce qui le concerne, et que la mère est seulement passible de dommages-intérêts envers le mineur, pour le préjudice que ces actes peuvent lui causer (comp. Delvincourt, t. I, p. 103, note 4; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 288; Taulier, t. II, p. 12; D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 701, n° 12; Favard, *Rép.*, v° *Conseil de tutelle*, n° 24; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 364).

Il paraît en effet qu'autrefois « l'obligation du tuteur de prendre l'avis d'un conseil de tutelle.... était concentrée entre le tuteur et les mineurs eux-mêmes, et que son seul effet était de rendre le tuteur responsable personnellement envers le mineur.... » (Merlin, *Quest. de dr.*, t. VI, v° *Tuteur*, § 1; Meslé, *des Tutelles*, Ire part., chap. XIII, n° 49.)

Cette doctrine, a-t-on dit, doit d'autant mieux être suivie, sous l'empire du Code Napoléon, qu'après tout la mère est tutrice légale; que tel est le droit commun; et que la nomination d'un conseil est une exception que les tiers ne sont pas tenus de deviner. Si la loi avait voulu que cette nomination leur fût opposable, elle aurait avisé au moyen de la rendre publique et de les avertir (art. 501 et 514).

Je n'admets pas toutefois cette opinion dans ses termes absolus; et je pense, au contraire, que la règle générale est que les actes faits par la mère, sans l'assistance du conseil, sont annulables à l'égard des tiers, et que ce ne serait que par exception qu'ils pourraient être maintenus, dans le cas où les tiers prouveraient qu'ils n'ont pas pu connaître la nomination du conseil:

1° Nous avons établi que la mère *n'est point habile* à agir, sans l'assistance du conseil (*supra*, nos 92-94);

Or, cette proposition ne serait pas vraie, et la mère serait au contraire habile à agir sans cette assistance, si ses actes étaient valables à l'égard des tiers;

Donc, tous les motifs par lesquels nous avons démontré notre première proposition, démontrent aussi que les actes faits par la mère seule sont annulables à l'égard des tiers.

2° Il faut bien qu'il en soit ainsi; autrement la nomination d'un conseil ne serait qu'un moyen presque nul de protection pour le mineur, puisqu'elle n'empêcherait pas la mère de l'engager irrévocablement envers les tiers.

Le mineur aura, dit-on, son recours en dommages-intérêts contre la mère.

Sans doute; mais sa mère sera-t-elle solvable? et puis, n'est-ce pas un recours contre lui-même? est-ce qu'il n'est pas, en effet, héritier présomptif de sa mère?

3° On objecte encore que la mère est tutrice légale; les tiers ne connaissent qu'elle; la loi n'a pas pu vouloir leur tendre un piége.

Je réponds que la loi, en même temps qu'elle appelle la mère survivante à la tutelle, déclare que le père peut lui nommer un conseil; elle ne proclame donc pas toujours la mère purement et simplement tutrice.

Et si le père a usé de son droit, la nomination du conseil devient une modification contemporaine et inséparable de la tutelle légale.

C'est donc aux tiers de vérifier si cette modification existe; ils peuvent se reporter à l'inventaire, auquel le conseil a dû assister (art. 451), et s'enquérir, auprès des membres du conseil de famille, auprès du juge de paix, surtout auprès du subrogé tuteur; car la mère ne peut entrer en fonctions qu'après avoir fait nommer un subrogé tuteur (art. 421).

Et à ce propos, nous conseillons de faire toujours mention de la nomination du conseil désigné par le père, dans l'acte de nomination du subrogé tuteur (Aix, 31 mars 1840, Estelle, Dev., 1840, II, 303; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 591; de Fréminville,

t. I, n° 43; Magnin, t. I, 447-449; *voy.* aussi Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 226).

99. — Ce ne serait donc qu'exceptionnellement, et dans le cas où, en effet, le tiers, malgré les informations qu'il aurait prises, aurait ignoré la nomination du conseil, que l'acte fait par la mère sans son assistance devrait être considéré comme valable.

Supposez, par exemple, que le testament, par lequel le père a nommé le conseil, ne soit pas connu, et que la tutelle soit organisée et fonctionne dans cette ignorance.

Nous croyons nous-même que, dans ce cas, la foi publique et la raison exigent que les actes passés par la mère, soient valables à l'égard des tiers (arg. des articles 1240 et 2009).

Et il faut pareillement admettre, dans ce cas, que les poursuites, les actes interruptifs de prescription, et tous autres actes conservatoires auront été valablement faits par les tiers contre la mère; car enfin il faut bien que la tutelle soit représentée (Turin, 25 juin 1810, Borelli, Sirey, 1812, II, 417).

100. — Au reste, la nullité résultant du défaut d'assistance du conseil à l'acte passé par la mère, ne serait, à notre avis, que relative et proposable seulement par le mineur, dans l'intérêt duquel le conseil a été nommé (arg. de l'article 1125; de Fréminville, t. I, n° 44).

101. — La nomination d'un conseil ne dispense pas, bien entendu, la mère d'observer toutes les conditions et les formalités que la loi impose au tuteur.

Elle doit donc, suivant les cas, obtenir l'autorisation du conseil ou l'homologation du tribunal.

Et les attributions du subrogé tuteur demeurent aussi les mêmes à son égard

Le conseil est donné pour augmenter les garanties du mineur et non pour les diminuer.

Mais supposez que la mère se remarie, et qu'elle soit maintenue dans la tutelle par le conseil de famille?

M. Chardon paraît penser que, dans ce cas, la mission du conseil, nommé par le mari décédé, cesserait de plein droit (*Puiss. tut.*, n° 10).

C'est là, en effet, une complication que le Code aurait dû prévoir.

Mais enfin il ne l'a pas prévue ; aucun texte ne nous autorise à décider que le conseil donné par le père ne doit pas être consulté par la femme et par son nouveau mari (art. 396).

102. — On a enseigné que le conseil n'était pas responsable de ses avis envers le mineur, à moins qu'il n'eût agi par dol.

Telle est, dit-on, la règle générale : *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio* (L. 47, ff. *De regulis juris;* de Fréminville, t. I, n° 39 ; Marcadé, t. II, art. 391, n° 1 ; Allemand, t. II, n° 1185).

Mais cette règle ne s'applique qu'à celui qui donne un conseil purement officieux, que la personne qui le recevait était libre de prendre ou de ne pas prendre, de suivre ou de ne pas suivre ; et, dans ces termes, la règle est en effet très-juste.

Or telle n'est pas notre hypothèse.

Le conseil, nommé par le père, a accepté un mandat, par suite duquel son avis est devenu nécessaire à la mère, qui ne peut point s'en passer.

Or, le mandataire répond non-seulement de son dol, mais encore de ses fautes (art. 1991, 1992).

Donc, le conseil de tutelle répond aussi de ses fautes ; comme si, par exemple, par son retard sans excuse à donner son avis, il avait compromis les intérêts du mineur ; ou s'il y avait de sa part une évidente négligence, une absence totale d'examen dans son refus d'assistance ou dans son assistance elle-même.

Tel nous paraît être le principe; c'est aux magistrats qu'il appartient de l'appliquer, en fait, avec mesure et équité (comp. Valette sur Proudhon, t. II, p. 288; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 364, 365; Massé et Vergé, t. I, p. 486; Taulier, t. II, p. 12; Demante, t. II, nº 140 *bis*, III).

103. — Les fonctions du conseil cessent nécessairement avec la tutelle de la mère, à laquelle seule il avait été donné et pu être donné.

Et le nouveau tuteur, qui la remplace, n'est soumis à aucune assistance de ce genre.

104. — Mais les fonctions du conseil peuvent même cesser avant la tutelle de la mère :

Par la mort de la personne que le père avait nommée;

Par sa démission (*supra*, nº 87);

Par sa révocation prononcée par le conseil de famille (*supra*, nº 88);

Par l'événement de la condition sous laquelle la nomination aurait été faite; car rien ne nous paraît s'opposer à ce qu'elle soit faite ainsi.

105. — Et dans ces différents cas, il nous paraît certain, malgré l'avis contraire de M. Bousquet (*des Conseils de famille*, t. I, p. 149, 150), qu'il n'y a pas lieu de remplacer le conseil nommé par le père.

Cette désignation était toute personnelle, comme la confiance dont elle émanait (arg. des articles 419, 1032, 2003); et c'est au père seul que la loi permet de désigner un conseil à la mère. Nul n'aurait donc qualité pour nommer un nouveau conseil (Duranton, t. III, nº 421; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 365; Massé et Vergé, t. I, p. 486; Magnin, t. I, nº 451; Marchant, nº 17).

106. — C'est au père à substituer une autre personne, non-seulement pour le cas où celle qu'il

nomme en premier lieu n'accepterait pas, mais aussi pour le cas où elle viendrait ensuite à cesser ses fonctions, par un motif quelconque, avant la fin de la tutelle maternelle.

107. — III. Le père survivant est tenu, suivant la règle commune, d'accepter la tutelle; à moins qu'il ne soit, dans un cas d'excuse admis par la loi, dont le cercle est même, pour lui, plus restreint que pour tout autre tuteur (art. 435, 436).

Au contraire, aux termes de l'article 394, la mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle; elle peut, appréciant elle-même son inexpérience, sa faiblesse, la refuser, sans avoir d'ailleurs à justifier ni à expliquer auprès de personne les motifs de sa détermination.

108. — Seulement, la loi lui impose le devoir de faire nommer à sa place un autre tuteur et de *remplir les devoirs de la tutelle*, jusqu'à cette nomination (art. 394).

Cet *intérim* n'est pas toutefois une tutelle, et la mère qui refuse n'est pas un seul instant tutrice; c'est une simple gestion provisoire, pareille à celle dont l'article 419 charge les héritiers majeurs du tuteur décédé.

La tutelle légale n'est déférée à la mère que sous la condition potestative de sa part, de ne la point accepter; et cette condition accomplie détruit rétroactivement sa qualité de tutrice légale (art. 390).

Il est bien évident, par exemple, que la mère n'a point à faire nommer, pour elle-même, un subrogé tuteur pour le court intervalle de cette gestion intérimaire; et dès lors, il faut aussi reconnaître que l'hypothèque légale de l'article 2121 ne frappe point ses immeubles.

109. — C'est un motif puissant pour décider aussi que la mère doit se borner à ne faire que les actes d'administration indispensables.

Aurait-elle qualité pour recevoir un capital et en donner valable décharge au débiteur ?

Je crois que rigoureusement le texte de l'article 394 l'y autorise en déclarant qu'elle *devra remplir les devoirs de la tutelle....*

Mais il sera toujours plus convenable de la part de la mère et plus prudent de la part du débiteur d'attendre l'organisation de la tutelle.

110. — La mère pourrait-elle, après avoir accepté d'abord la tutelle, s'en démettre ensuite sans invoquer l'une des excuses admises par la loi ? (Art. 427 et suiv.)

J'ai pris, dit-elle, un fardeau au-dessus de mes forces ; je n'en connaissais pas tout le poids. Je me reconnais aujourd'hui insuffisante et incapable ; serais-je donc traitée plus durement que si je n'avais pas donné cette preuve de bonne volonté ? Est-ce que d'ailleurs l'intérêt du mineur, qui a dicté l'article 394, bien plus encore que l'intérêt de la mère, est-ce que cet intérêt n'exige pas que la démission soit libre aussi bien que le refus ? (Comp. Paris, 24 juill. 1835, de Pastoret, Dev., 1835, II, 495 ; Rousseau de La Combe, v° *Tuteur*, sect. II, dist. 2, n° 3 ; Allemand, t. II, n° 1180 ; Magnin, t. I, n° 434.)

111. — Ce langage pourtant est contraire à l'article 394.

Cet article permet bien à la mère de *ne pas accepter* et de *refuser* la tutelle ;

Mais une fois qu'elle l'a acceptée, aucun texte ne l'autorise à s'en démettre par sa seule volonté ; l'article 394 lui-même fournit contre une telle prétention un argument *a contrario*.

Ajoutez que les lois ont toujours plus facilement admis les refus de la *tutela suscipienda*, que les excuses ou démissions de la tutelle déjà *suscepta* (art. 428,

429, 430); c'est qu'en effet les changements de tuteur sont toujours dispendieux et préjudiciables, sous tous les rapports, au mineur (Duranton, t. III, n° 423; Valette sur Proudhon, t. II, p. 289; Taulier, t. II, p. 13; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 410; Aubry et Rau, t. I, p. 360).

112. — Il y aurait, entre les deux solutions qui précèdent, un terme moyen très-convenable, si la loi l'autorise.

Ce serait de dire qu'en effet la mère, après avoir accepté la tutelle, ne peut plus s'en démettre librement et par sa seule volonté, comme elle aurait pu d'abord ne pas l'accepter, mais que le conseil de famille a le droit d'apprécier les motifs de sa démission et de l'admettre ou de la refuser.

Si cette thèse est exacte (ce que je me réserve d'examiner plus tard), c'est surtout à l'hypothèse, qui nous occupe, que l'application en serait équitable.

Supposez par exemple que le père avait nommé un conseil à la mère survivante et que c'est avec le secours de ce conseil que la mère a consenti à gérer la tutelle.

Mais le conseil meurt, et voilà la mère toute seule, sans guide, sans assistance.

Le système qui lui permet d'une manière absolue de refuser la tutelle qu'elle avait d'abord acceptée, serait ici bien fort; car enfin elle ne l'avait acceptée que dans des circonstances et sous une condition qui viennent de manquer.

Et pourtant, il me paraît difficile d'admettre que, même dans ce cas, elle eût le droit absolu de démission (comp. Marcadé, t. II, art. 394, n° 1; Demante, t. II, n° 143 *bis*, I).

113. — L'acceptation de la tutelle par la mère peut être expresse ou tacite :

Expresse; si la mère a pris la qualité de tutrice dans un acte quelconque, comme par exemple dans l'inventaire (art. 451);

Tacite; si elle a fait un acte qui suppose nécessairement de sa part l'intention d'accepter la qualité de tutrice (arg. des articles 778, 779); comme si, par exemple, elle a fait nommer un subrogé tuteur qui aurait été pris, à cause d'elle, dans la ligne paternelle (art. 423).

114. — Ne pourrait-on pas même induire son acceptation du laps de temps plus ou moins long qui se serait écoulé depuis la mort du père, sans qu'elle eût demandé au conseil de famille la nomination d'un tuteur?

Ceci serait plus délicat; mais pourtant la loi n'ayant pas déterminé le mode d'acceptation de la tutelle par la mère, ce n'est, à vrai dire, qu'une question de fait et d'intention; on appréciera donc les circonstances; il importe d'ailleurs aussi que la tutelle des mineurs ne reste pas longtemps incertaine (Valette sur Proudhon, t. II, p. 289; Demante, t. II, n° 143 *bis*, II; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 360).

115. — La mère qui aurait refusé la tutelle, pourrait ensuite être nommée tutrice par le conseil de famille, en cas de mort, d'excuse, ou de destitution du tuteur, qui avait été nommé à sa place (art. 442-1°).

On dirait en vain que par son refus elle a fait elle-même l'aveu de son insuffisance.

Les circonstances ont pu changer; sa santé d'abord chancelante, s'affermir avec l'âge, son expérience se former, etc.; aussi, rien dans le texte ne s'oppose-t-il à sa nomination.

116. — IV. Enfin, le père veuf qui se remarie, conserve de plein droit la tutelle légale des enfants de

son premier mariage, sans avoir à demander aucune confirmation de son pouvoir au conseil de famille.

Il sera en effet le chef de ce nouveau ménage; c'est toujours lui qui gérera la tutelle (comp. art. 206, 381, 386).

La mère veuve au contraire, qui contracte une nouvelle union, se soumet à l'autorité de son mari.

Ce n'est plus elle, c'est son nouvel époux qui, de fait, va gouverner la famille.

La loi qui avait confié à la mère la tutelle de ses enfants du premier lit, devait donc se préoccuper de ce déplacement d'autorité.

117. — Tel est l'objet des articles 395 et 396.

Enlever, toujours et sans examen, la tutelle à la mère qui se remarie, c'était un moyen extrême, blessant pour la mère et pour son nouveau mari, préjudiciable même aux mineurs; car il se peut que le nouvel époux offre pour eux toutes les garanties désirables, et que même la mère ne se remarie que dans l'intérêt de ses enfants.

Lui laisser au contraire, toujours et sans examen, la tutelle, c'était une autre exagération qui pouvait être funeste aux mineurs, si le nouveau mari ne méritait pas la confiance de la loi.

On a donc dû remettre cette question de fait à la décision du conseil de famille, qui examinera la moralité, l'aptitude, la profession du nouvel époux et prononcera en connaissance de cause.

118. — « Si la mère tutrice veut se remarier, elle « devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil « de famille qui décidera si la tutelle doit lui être con-« servée. » (Art. 395, 1er alinéa.)

Deux hypothèses peuvent donc se présenter:

Ou la mère n'a pas convoqué le conseil de famille avant de se remarier;

Ou au contraire elle l'a convoqué.

Examinons séparément l'une et l'autre.

119. — Première hypothèse :

« A défaut de cette convocation, elle (la mère) per-
« dra la tutelle de plein droit; et son nouveau mari
« sera solidairement responsable de toutes les suites
« de la tutelle qu'elle aura indûment conservée. »
(Art. 395, 2e alinéa.)

Cette hypothèse est la plus délicate : et il importe de préciser le plus possible la situation, assez équivoque d'ailleurs, que cet article fait à la mère et à son nouveau mari.

De la mère, on peut dire en même temps qu'elle est et qu'elle n'est pas tutrice.

Elle ne l'est plus légalement et en droit;

Elle l'est encore réellement et en fait.

De là, les conséquences suivantes :

120. — La mère ne peut plus désormais engager le mineur envers les tiers; et les actes qu'elle aurait pu faire depuis son mariage ne seraient pas opposables au mineur; car, *elle a perdu la tutelle de plein droit;* c'est-à-dire par la seule force de la loi et sans qu'il soit nécessaire de faire prononcer sa déchéance par le conseil de famille (art. 395; comp. Nîmes, 19 prairial an XIII, Sirey, VI, 2-30; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 367; Allemand, t. II, n° 1196).

121. — Le payement même, qu'un débiteur aurait fait entre les mains de la mère, devrait être déclaré nul, si le mineur n'en avait pas profité (art. 1239); car le tiers devait s'informer si la mère était remariée et si elle avait été maintenue dans la tutelle.

Ce motif prouve en même temps que si le tiers était d'une bonne foi irréprochable; comme si la mère, par exemple, lui avait dissimulé frauduleusement son mariage, l'acte passé par lui avec la mère comme tutrice,

pourrait être validé (arg. des articles 1240, 2008, 2009; *voy.* notre t. IV, n[os] 327, 328).

Cette proposition serait d'ailleurs applicable à tout tuteur quelconque, qui aurait encore agi au nom du mineur, après son excuse admise ou sa destitution prononcée, s'il était reconnu que le tiers avait été dans l'impossibilité de connaître l'expiration de ses pouvoirs (*infra*, n° 508).

122. — La nullité des actes passés par la mère, depuis son mariage, ne serait toutefois, à notre avis, que relative et proposable seulement du chef du mineur.

Les tiers n'auraient pas qualité pour s'en prévaloir; car en traitant avec la mère, en qualité de tutrice, ils lui ont reconnu cette qualité; et on peut même dire qu'elle l'avait à certains égards, en vertu de cette tutelle de fait, dont le texte même de la loi constate l'existence dans sa personne (Cass., 28 mai 1823, Détroges, Sirey, 1824, I, VII; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 366, 367).

123. — C'est encore parce que la mère conserve la tutelle de fait, qu'elle peut et même qu'elle doit faire tous les actes conservatoires du patrimoine du mineur, renouveler les inscriptions, interrompre les prescriptions, etc. (Limoges 17 juillet 1822, Charignan, Sirey, 1822, II, 295). Elle serait responsable, si elle négligeait les actes de ce genre, tant qu'un autre tuteur n'a pas encore été nommé (art. 395, et arg. des articles 394, 419).

124. — Et il est si vrai, sous ce rapport, qu'elle conserve la tutelle et qu'elle est tutrice, que ses immeubles continuent d'être grevés de l'hypothèque légale, pour raison de sa gestion ou de son défaut de gestion depuis le mariage (art. 2121).

On dirait en vain :

L'hypothèque légale n'existe que dans les cas déterminés par la loi (art. 2115, 2116,); et en particulier, l'hypothèque établie par l'article 2121 ne frappe que les immeubles du tuteur, du véritable tuteur;

Or, aux termes de l'article 395, la mère a perdu la tutelle de plein droit, elle n'est plus tutrice; l'administration des biens du mineur n'a plus, de sa part, que le caractère d'une simple gestion d'affaires;

Donc, l'hypothèque légale est éteinte (Duranton, t. XIX, n° 312).

Non! l'administration des biens du mineur par la mère, depuis son nouveau mariage, n'est, ni en fait ni en droit, une simple gestion d'affaires; c'est la *tutelle* encore qu'elle conserve; c'est comme tutrice qu'elle continue d'exercer, sciemment ou par ignorance; et c'est bien d'elle qu'il est vrai de dire qu'elle gère *pro tutore* (ff. L. 1, § 1, *De eo qui pro tutore*).

Voilà la vérité du fait; et la loi aussi le consacre, car l'article 395, en même temps qu'il déclare que la mère est déchue de plein droit, constate pourtant qu'elle a conservé la *tutelle*;

Donc, la mère est encore, sous ce rapport du moins, légalement tutrice; donc, ses biens sont grevés de l'hypothèque légale. Et en effet, elle n'a pas fait, elle! ce qu'elle devait faire pour se décharger régulièrement de la tutelle.

Il serait inouï d'ailleurs que la loi eût enlevé au mineur sa garantie dans le moment même où elle lui devient le plus nécessaire!

Il serait bien étrange surtout que si la mère et son nouveau mari convoquaient ensuite le conseil de famille, et étaient nommés par lui, l'une tutrice et l'autre cotuteur, il serait étrange qu'il y eût une lacune dans l'existence de l'hypothèque légale du mineur sur les immeubles de sa mère, et que cette hypothèque eût

cessé dans l'intervalle de son nouveau mariage à sa nomination de tutrice par le conseil! (Cass., 15 décembre 1825, Delglat, D., 1826, I, 55; Grenier, *des Hyp.*, t. I, nº 280; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 365; Troplong, *des Privil. et hyp.*, t. II, nº 426; Valette sur Proudhon, t. II, p. 289, nº 6; et *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 230; Marcadé, t. II, art. 395, nº 1; Pont, *des Privil. et hyp.*, art. 2121, nº 500; Demante, t. II, nº 144 *bis*, I.)

125. — A l'égard du nouveau mari de la mère, l'article 395 déclare *qu'il sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle, qu'elle aura indûment conservée.*

Il y en a deux motifs : 1º il est complice de la faute que la femme vient de commettre, de son ignorance ou de sa mauvaise foi, de cette faute qui éveille les soupçons de la loi, parce qu'elle peut gravement compromettre les intérêts du mineur; 2º en fait, c'est lui, qui presque toujours va prendre en main l'exercice de la tutelle.

Notez d'ailleurs que la loi n'examine pas quel régime les nouveaux époux ont adopté; la responsabilité solidaire du mari a toujours lieu, même dans le cas où il serait marié sous le régime de la séparation de biens. Car si, en droit, il ne doit point alors avoir l'administration de la fortune de sa femme ni, par suite, de la fortune des enfants de sa femme, il arrive très-souvent, en fait, qu'il s'en empare.

126. — Deux questions graves s'agitent ici :

A. Le nouveau mari est-il responsable des suites de la gestion, même antérieure au mariage?

B. Ses immeubles sont-ils grevés de l'hypothèque légale établie par l'article 2121?

A. L'opinion, qui rend le nouveau mari responsable de la gestion même antérieure au mariage, est

très-accréditée dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Il faut convenir, en effet, tout d'abord, que cette opinion a pour elle les traditions juridiques les plus anciennes et les plus constantes.

Le droit romain était formel à cet égard :

« Si mater, legitime liberorum tutela suscepta, ad « secundas, contra sacramentum præstitum, adspira« verit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit « ordinari, eisque quod debetur ex ratione tutelæ « gestæ, persolverit; mariti quoque *ejus præteritæ « tutelæ gestæ* ratiociniis, bona jure pignoris tenebuntur « obnoxia. » (L. 6 Cod. *In quibus causis pignus.*)

Les auteurs, dans notre ancien droit français, ne s'expriment pas moins nettement :

« Si la mère tutrice de ses enfants convole en secondes noces, sans leur avoir fait nommer un tuteur, rendu compte de son administration, et acquitté ou assuré ce qu'elle pouvait leur devoir, les biens de son second mari seront hypothéqués envers le mineur, pour tout ce qui se trouvera leur être dû par le compte, *tant pour le passé que pour l'avenir* » (Domat, *Lois civiles*, Ire part., liv. II, tit I, n° 37; Ferrières, *des Tutelles*, Ire part., sect. III, n° 116; Pothier, *Traité de l'hypothèque*, chap. I, sect. I, art. 3).

Ces précédents, peut-on dire, expliquent la rédaction comparée des articles 395 et 396.

Voyez en effet la différence !

Dans le premier cas, le nouveau mari est déclaré responsable de *toutes les suites de la tutelle* indûment conservée par la mère.

Au contraire, l'article 396 limite sa responsabilité à *la gestion postérieure au mariage.*

Ce contraste n'est-il pas décisif?

C'est la faute du nouveau mari de s'être exposé à

cette dure responsabilité ; la loi a vu, dans cette faute, une sorte de présomption de dol, et, dans tous les cas, un grand danger pour le mineur ; et elle a prononcé cette peine sévère, précisément afin de prévenir la faute qu'elle redoute (Poitiers, 28 déc. 1824, Pervinquière, D., 1825, II, 94; Nîmes, 30 nov. 1831, Boubon, D., 1832, II, 103; Caen, 22 mars 1860, Labbey, *Rec. des arrêts de Caen et de Rouen*, 1860, p. 97 ; Delvincourt, t. I, p. 103, note 10 ; Duvergier, sur Toullier, t, II, n° 1098, note 6 ; Duranton, t. III, n° 426 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I. p. 366 ; Marcadé, t. II, art. 395, n° 2 ; Taulier, t. II, p. 14 ; Troplong, *des Hypoth.*, t. II, art. 2121, n° 426 ; Magnin, t. I, n° 457 ; de Fréminville, t. I, n° 50).

127. — J'ai beaucoup hésité ; mais finalement, je n'adopte pas cette interprétation.

Tout ce qu'on pourra dire sur la faute du nouvel époux, sur la présomption de dol qui s'élève contre lui, sur les dangers dont cette faute menace le mineur et sa fortune, tout cela ne fera pas que la responsabilité, dont on veut l'accabler, ne soit exorbitante et d'une dureté qu'on pourrait appeler du nom d'injustice. Je sais bien que nos anciens auteurs avaient exagéré démesurément cette responsabilité, à ce point qu'ils déclaraient indigne de la succession de ses enfants la mère elle-même qui s'était remariée sans leur faire nommer un tuteur ! (Ferrières, Ire part., sect. III, n° 115.) Mais ces peines et ces déchéances étaient, il faut bien l'avouer, excessives et sans proportion avec la faute de la mère et de son nouvel époux, faute sans doute répréhensible, mais dont il ne faut pourtant pas faire une énormité sans égale, d'autant moins qu'elle peut même n'être souvent que le résultat de l'ignorance.

Rendre le nouveau mari responsable de la gestion

antérieure au mariage, d'une gestion déjà ancienne peut-être et à laquelle il est totalement étranger, voilà ce qui serait une énormité véritable aux yeux de la raison et de l'équité.

Est-ce là ce que le Code Napoléon a voulu faire? Est-ce là ce qu'il a fait?

Ce qu'il a voulu faire, le procès-verbal des travaux préparatoires va nous le dire.

Non-seulement on n'y trouve aucune trace de l'intention, que les rédacteurs auraient eue de reproduire, à cet égard, la loi romaine, dont le passage précité de Domat n'est que la traduction; mais tout annonce qu'ils n'ont au contraire entendu rendre le nouvel époux responsable que des suites de la gestion postérieure au mariage.

Le projet primitif était d'abord ainsi conçu :

(Article 12.) « Si c'est la mère qui s'est remariée sans avoir rempli la même obligation (sans avoir fait convoquer le conseil de famille), la tutelle ne peut lui être conservée; et son nouveau mari est solidairement responsable de la gestion, *à compter du jour de l'acte de mariage.* » (Fenet, t. X, p. 572.)

Dans la séance du Conseil d'État, du 6 brumaire an x, M. Berlier présenta une nouvelle rédaction en ces termes :

Article 8 (correspondant à l'article 395). « Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée.

« A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable *de l'indue gestion, qui aura eu lieu depuis le nouveau mariage.* »

Article 9 (correspondant à l'article 396). « Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la

tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari, qui deviendra solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage. » (Fenet, t. X, p. 596, 597.)

Ainsi, il était bien incontestable que ces deux articles, malgré la différence de leur rédaction, ne rendaient, dans les deux cas, le nouveau mari responsable que des suites de la tutelle postérieure au mariage.

Qu'arrive-t-il?

Le Tribunat fait observer que « l'expression littérale de l'article 8 semblerait autoriser le nouveau mari à prétendre, en pareil cas, qu'il n'est responsable que de l'indue gestion qui aurait eu lieu depuis le nouveau mariage, et demande que l'article soit conçu de manière qu'il ne puisse y avoir aucune méprise sur le véritable esprit de la loi, qui est que le mari réponde du défaut de gestion comme de l'indue gestion.

Il propose, en conséquence, de dire : « et son nouveau mari sera solidairement responsable avec elle, *depuis le nouveau mariage.* » (Fenet, t. X, p. 610.)

C'est d'après cette observation que le Conseil d'État modifia sa rédaction première, et rédigea l'article 395 tel qu'il est aujourd'hui dans le Code.

Pourquoi les mots : *depuis le nouveau mariage*, qui se trouvaient dans son projet, ne se trouvent-ils point dans la rédaction définitive?

Les procès-verbaux n'en donnent aucune espèce de motif; et il est évidemment impossible d'admettre que le Conseil d'État ait voulu, par là, faire rétroagir dans le passé la responsabilité du nouveau mari; car l'observation du Tribunat n'avait, en aucune manière, ce but. Tout au contraire! Le Tribunat et le Conseil d'État s'accordèrent à ne rendre le nouveau mari responsable que pour l'avenir et à dater de l'acte de mariage. On ne comprendrait donc pas que le Conseil

d'État eût changé son système, d'après une observation qui en était l'approbation; et dans tous les cas ce changement complet de système eût été certes assez grave pour qu'il s'en expliquât.

L'article 395, d'ailleurs, malgré l'obscurité de ses termes, prouve toujours lui-même qu'il ne s'agit que de la gestion postérieure au mariage; car il ne rend le nouveau mari responsable que des suites *de la tutelle indûment conservée*, c'est-à-dire en tant qu'elle a été indûment conservée; or, la tutelle de la mère, avant son mariage, n'était pas *indûment* exercée.

N'objectez pas que cet article parle *de toutes les suites*.

Sans doute!... des suites de l'indue gestion aussi bien que de la gestion, de *toutes* les suites.... oui, mais seulement de cette tutelle *indue*, c'est-à-dire postérieure au mariage.

N'objectez pas non plus que le nouveau mari n'étant, dans les deux cas, responsable que depuis le mariage, il était inutile de rédiger cette proposition dans des termes différents et qui semblent élever un contraste entre l'hypothèse de l'article 395 et celle de l'article 396.

J'ai déjà prouvé que cette différence de rédaction existait dans les articles 8 et 9 du projet, et qu'il n'y avait certainement rien à en induire, puisque ces mêmes articles déclaraient également que le nouveau mari ne répondait que de la gestion postérieure au mariage.

J'ajoute que l'observation du Tribunat explique cette différence, en ce sens que, dans le cas de l'article 395, où la mère a perdu la tutelle de plein droit, on pouvait craindre qu'elle ne s'abstînt, ainsi que son nouveau mari, de gérer la tutelle, dans l'espoir d'échapper ainsi à la responsabilité, et qu'on a voulu, par cette rédaction spéciale, lever ce doute, qui était impos-

sible dans le cas de l'article 396 où la tutelle lui est conservée.

Il me semble qu'en voilà assez pour établir que M. Locré, en affirmant, dans ses *Sommaires*, que le mari répond même de la gestion antérieure au mariage (*Législ. civ.*, t. VII, p. 101), n'a pas exactement compris le véritable sens des travaux préparatoires de nos articles (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, art. 395, n°s 594, 595 ; *voy.* aussi Demante, t. II, n° 144 *bis*, IV; et surtout Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 231, 232, qui avait d'abord enseigné la doctrine contraire).

128. — B. Chose remarquable ! ce sont les mêmes auteurs pour la plupart qui, après avoir aggravé, selon nous, outre mesure, la responsabilité du nouveau mari, en l'appliquant à la gestion antérieure au mariage, enlèvent, au contraire, ensuite à cette responsabilité sa conséquence logique et nécessaire, en refusant au mineur la garantie de l'hypothèque légale sur les immeubles du nouveau mari de sa mère (Delvincourt, t. I, p. 103, note 10; Valette sur Proudhon, t. II, p. 290, n° 7; Duranton, t. III, n° 426, et t. XIX, n° 312; Marcadé, t. II, art. 395, n° 2; Zachariæ, t. I, p. 247; Marchand, *de la Minorité*, n° 21; ajout. Pont, *des Priv. et hypoth.*, *art.* 2121, n° 500; Martou, *des Priv. et hypoth.*, n° 768).

Et cela se conçoit pourtant; car il est bien clair que, pour la gestion antérieure au mariage, le nouveau mari n'était en aucune façon, ni de droit ni de fait, tuteur; et l'argument, qui consiste à dire que l'hypothèque légale de l'article 2121 ne peut atteindre que le tuteur, est alors d'une très-grande force.

Nous allons voir, au reste, que parmi ceux-là même qui déclarent le nouveau mari responsable de la gestion même antérieure au mariage, il en est qui recon-

naissent que ses immeubles sont grevés de l'hypothèque légale.

Pour nous, telle est d'autant mieux notre opinion, que nous n'appliquons la responsabilité du nouvel époux qu'aux suites de la tutelle indûment conservée depuis le mariage.

Nous avons prouvé que dans le cas de l'article 395, la mère est grevée de l'hypothèque légale, à raison de sa gestion, même postérieure au mariage;

Or, il nous paraît certain que la loi a voulu faire et a fait, dans tous les cas, au nouveau mari depuis le mariage, la même position qu'à la mère;

Donc, il doit être, comme la mère, atteint par l'hypothèque légale.

L'article 395, en effet, le déclare *solidairement responsable* avec elle, et dès lors aussi *comme elle.* Il est cotuteur de fait dans le premier cas, comme il est cotuteur de droit dans le second. Cette situation est, dans les deux cas, nécessaire; car elle est le fait, elle est la vérité même du fait; et voilà pourquoi on disait autrefois : *Qui épouse la veuve, épouse la tutelle.*

M. Valette convient que « peut-être aurait-on bien fait de déclarer que le second mari serait considéré comme cotuteur de fait et traité en conséquence. » (Sur Proudhon, t. II, p. 290; ajout. *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 232.)

Je réponds que c'est là precisément ce qui a été fait par l'article 395.

Eh! sur quoi donc, en effet, repose cette obligation solidaire du nouveau mari, si ce n'est sur la présomption légale que c'est lui qui gère, en fait, la tutelle?

Or, si la loi présume qu'il gère la tutelle, et si elle le déclare, à cause de cela, solidairement responsable de toutes ses suites, c'est donc qu'elle le considère comme cotuteur de fait; et la conséquence irrésistible

est dès lors qu'il doit être grevé de l'hypothèque légale aussi bien que la mère, tutrice de fait, en est grevée, de l'aveu même de plusieurs auteurs, qui refusent de reconnaître l'hypothèque légale sur les immeubles du nouveau mari.

On dirait en vain que l'hypothèque légale n'est pas établie à titre de peine contre l'obligé, et que c'est d'ailleurs beaucoup plus à ses créanciers qu'à lui-même qu'elle est préjudiciable.

Ce n'est pas non plus à titre de peine que nous réclamons ici l'hypothèque; c'est à titre de garantie, c'est comme le complément et la sanction nécessaire de la responsabilité que la loi impose au nouvel époux. La loi eût manqué de prévoyance, si elle eût diminué les garanties du mineur dans la circonstance même où ses intérêts peuvent être le plus en péril.

Aussi a-t-on pu voir, par les citations que nous avons faites plus haut (nº 126), que le droit romain et notre ancien droit français accordaient dans ce cas formellement cette garantie au mineur (Paris, 28 déc. 1822, Gaillard, D., *Rec. alph.*, t. IX, vº *Hyp.*, p. 165; Poitiers, 28 déc. 1824, Pervinquière, D., 1825, II, 94; Nîmes, 30 nov. 1831, Boubon, D., 1832, II, 103; Cass., 14 déc. 1836, Domeizel, D., 1837, I, 86; Caen 14 août 1858, Barbulée, *Recueil des arrêts de Caen et de Rouen*, 1860, p. 98; Grenier, t. I, nº 280; Persil, art. 2121, nº 32; D., *Rec. alph.*, t. XII, vº *Tutelle*, p. 704, nº 9; Troplong, *des Hypoth.*, t. II, art. 2121, nº 426; de Fréminville, t. I, nº 51; Magnin, t. I, nº 457; *voy.* aussi Demante, t. II, nº 144 *bis*, V).

129. — Comment! vous ne voulez pas considérer le nouveau mari comme cotuteur de fait dans le cas de l'article 395?

Mais voyez donc les conséquences.

Ni l'article 472 ni l'article 907 ne lui seront appli-

cables; et le mineur, dans ces deux circonstances si graves, se trouvera destitué de toute protection; il sera livré sans aucune garantie à son influence, à ses manœuvres peut-être. Et voilà en effet ce qui a été jugé (Nîmes, 16 août 1833, Carière, D., 1834, II, 104).

Il n'en saurait être ainsi; et c'est parce que je crois, pour ma part, que la mère et son nouveau mari exercent, ensemble et solidairement, une tutelle indûment conservée sans doute, mais enfin et dans le fait une véritable tutelle, que je les traiterai tous les deux comme tuteurs.

En conséquence, je leur applique également l'article 472 et l'article 907. J'ajoute que cette doctrine est consacrée par plusieurs décisions judiciaires, préférables, selon moi, à celle de la Cour de Nîmes (Caen 2e chambre, 22 janv. 1812, Ledanois; Riom, 24 avril 1827, Milliot, Sirey, 1829, II, 203; Grenoble, 26 juill. 1828, Chapuis, D., 1829, II, 73; Cass., 14 déc. 1836, Domeizel, D., 1837, I, 86; D., *Rec. alph.*, v° *Disp. entre-vifs*, p. 279).

130. — L'article 12 du projet primitif portait que, si la mère s'est remariée sans avoir convoqué le conseil de famille, *la tutelle ne peut lui être conservée....* (Fenet, t. X, p. 572).

Mais cet article a été supprimé avec beaucoup de raison; et rien ne fait certainement obstacle à ce que la mère soit nommée tutrice par le conseil de famille.

On objecterait en vain l'article 445, d'après lequel tout individu qui a été exclu ou destitué d'une tutelle ne peut être membre d'un conseil de famille, pour en conclure que la mère, *a fortiori*, ne peut pas être nommée tutrice.

L'article 445, en effet, ne s'applique qu'à celles des causes d'exclusion ou de destitution, dont il vient d'être question dans les articles précédents (442-444);

or, la mère n'est dans aucun de ces cas, et l'on conçoit très-bien la différence; autre chose est une exclusion ou une destitution fondée sur l'inconduite ou sur l'immoralité, autre chose cette déchéance prononcée par l'article 395 pour un fait d'omission et peut-être d'ignorance, qui peut être très-excusable.

Si l'argument déduit de l'article 445 était fondé, il en résulterait que la mère ne pourrait pas même être plus tard tutrice des enfants de son nouveau mariage; ce que, certes, personne ne voudrait soutenir! (*Supra*, n° 115; comp. Pau, 30 juill. 1807, Gourges, Sirey, 1812, II, 378; Bruxelles, 30 mai 1810, Côme, Sirey, 1810, II, 397; Metz, 20 avril 1820, Brandebourg, Sirey, 1821, II, 339; Paris, 24 juin 1856, Boulot, Dev., 1856, II, 527; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 367; Duranton, t. III, n° 427; Demante, t. II, n° 144 *bis*, II.)

131. — Mais alors le conseil de famille, en nommant la mère tutrice, doit-il nécessairement aussi nommer son nouveau mari cotuteur?

Marcadé enseigne la négative (t. II, art. 442, n° 3); et l'on peut dire en ce sens que nous ne sommes pas alors dans les termes de la disposition spéciale de l'article 396, qui oblige le conseil de famille à nommer le second mari cotuteur, lorsque la mère a conservé la tutelle; car dans notre hypothèse, au contraire, elle l'a perdue.

Cette solution a pour elle, si vous voulez, la lettre même de la loi. Mais elle ne me paraît pas conforme à son véritable esprit; et je crois qu'elle trompe tout à fait sa juste et sage prévoyance.

La disposition par laquelle la loi exige que le nouveau mari soit nécessairement nommé cotuteur de la mère, qui conserve la tutelle de ses enfants, cette disposition est, à mon avis, fondée sur trois motifs; ou plutôt elle a pour but de garantir trois sortes d'intérêts:

1° L'intérêt des mineurs, menacés de l'immixtion du nouveau mari de leur mère dans leur fortune personnelle; la qualité de cotuteur leur garantit sa responsabilité.

2° L'intérêt de la mère tutrice, qu'il n'aurait pas été juste de rendre seule responsable d'une tutelle qu'elle n'aurait pas été libre, en fait, de gérer seule, et que peut-être elle ne pourra pas gérer du tout, si son nouveau mari veut s'en emparer exclusivement;

3° Enfin l'intérêt du nouveau mari lui-même, afin qu'il puisse surveiller d'autant mieux par son concours cette gestion de tutelle qui pourrait compromettre la fortune personnelle de sa femme, dont la conservation lui importe assurément.

Or, ces trois motifs s'appliquent avec la même force dans tous les cas.

Donc, la disposition, qui en dérive, doit être aussi dans tous les cas applicable.

Ajoutons qu'il ne serait ni convenable ni logique de se montrer plus défiant envers la mère et son nouvel époux, lorsqu'ils ont observé la loi en convoquant le conseil de famille avant le nouveau mariage, que lorsqu'ils ont manqué à ce devoir (*voy.* aussi *infra*, n° 138; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 367).

132. — M. de Fréminville fait remarquer que la *réélection* de la mère laissera néanmoins subsister toutes les suites de la tutelle légale (t. I, n° 170).

Cela ne saurait être douteux, selon moi. Il n'y aura point eu, à vrai dire, de solution de continuité ni de lacune.

133. — Deuxième hypothèse :

« Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, « conservera la tutelle à la mère, il lui donnera néces- « sairement pour cotuteur le second mari, qui de-

« viendra solidairement responsable avec sa femme de « la gestion postérieure au mariage. » (Art. 396.)

Cet article suppose d'abord que le conseil de famille maintient la mère dans la tutelle.

Dans ce cas, la tutelle lui est conservée; la même tutelle, qu'elle avait déjà et qu'elle n'a point perdue, c'est-à-dire la tutelle légale. Le conseil de famille la maintient en effet; il ne la nomme pas. La tutelle ne devient donc point véritablement dative (*voy.* pourtant *infra*, n° 146).

134. — On pourrait presque dire aussi que le nouveau mari est, en quelque sorte, dans ce cas, un tuteur légal; car le conseil devant *nécessairement* le nommer, la vérité est que son titre de nomination est dans la loi elle-même.

A ce point, que, s'il arrivait que par omission, par oubli, le conseil de famille ne s'en fût pas expliqué, nous croyons que le nouveau mari n'en serait pas moins responsable de la gestion de la tutelle, avant même d'avoir provoqué une nouvelle délibération du conseil de famille, comme il conviendrait, d'ailleurs, de le faire de suite, pour réparer cet oubli (arg. de l'article 395).

135. — La mère est tutrice et son nouveau mari cotuteur.

Donc, leurs immeubles à tous les deux sont grevés de l'hypothèque légale (art. 2121).

Cela est alors sans difficulté, même à l'égard du nouveau mari. Il est cotuteur, c'est-à-dire tuteur aussi lui-même conjointement avec la femme (*supra*, n° 128).

136. — Voilà donc, en même temps, une tutrice et un cotuteur.

Par qui la tutelle sera-t-elle gérée?

En fait, et le plus souvent sans doute, elle le sera par le nouveau mari, surtout si le contrat de mariage

lui confère l'administration des biens de la femme elle-même.

Ce n'est guère que dans le cas de séparation de biens qu'il pourrait en être autrement, et que la mère conserverait, en fait, avec l'administration de ses biens personnels, celle des biens des enfants de son premier lit.

Toutefois, nous ne pensons pas que cette distinction entre les régimes matrimoniaux, que les époux ont pu adopter, doive être, ainsi que quelques-uns l'ont pensé (Magnin, t. I, n° 458), le moyen de solution de la question proposée.

La loi, en effet, n'admet aucune distinction de ce genre; et elle déclare, dans tous les cas, la femme tutrice et le nouveau mari cotuteur, en ajoutant qu'ils sont solidairement responsables.

Que chacun ait le droit d'administrer de son côté et à sa guise, cela n'est pas proposable.

Je ne pense pas non plus que l'on puisse admettre que l'un ait le droit de gérer plutôt que l'autre; pas même le mari par préférence à la femme; car la femme aussi est elle-même et personnellement tutrice (*voy.* toutefois de Fréminville, t. I, n° 171; Chardon, *Puiss. tutél.*, n° 21, 22; D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 704).

Mon avis est donc qu'ils doivent gérer ensemble et conjointement la tutelle; que si c'est la femme qui agit, il faut que son mari *cotuteur* l'assiste; et que si c'est le mari, il faut que la femme tutrice signe avec lui les actes, ou que, du moins, pour prévenir les embarras et les retards, elle lui donne sa procuration.

C'est ainsi que, d'après l'article 465 du Code de commerce : « S'il a été nommé plusieurs syndics, ils « ne pourront agir que collectivement.... » Or, si la loi l'a ainsi décidé pour des syndics, qui habitent des lieux différents et peut-être séparés par une assez

grande distance, nous pouvons *a fortiori* appliquer cette solution au mari et à la femme, qui demeurent ensemble.

Les tiers eux-mêmes devront donc s'adresser aussi collectivement à la mère et à son nouveau mari (comp. Bruxelles, 27 avril 1826, Dev., *Coll. nouv.*, 1828, II, 228; Grenoble, 17 août 1831, Michallon, D., 1832, II, 47; Magnin, t. I, n° 459; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 368).

137. — Dans tous les cas, j'ajoute que la mère, aussi bien que le mari, aurait, chacun de son côté, également le droit de former opposition à l'acte que l'autre voudrait passer; et il ferait bien de signifier au tiers son opposition (comp. Angers, 13 frimaire an XIV, Sirey, VII, II, 1243).

Et ce serait alors tout naturellement le conseil de famille qui devrait être appelé à vider ce conflit (*supra*, nos 93-95).

138. — De l'article 396 il résulte :

D'une part, que la mère remariée ne peut être tutrice qu'autant que son nouveau mari est cotuteur;

D'autre part, que le nouveau mari n'est lui-même (ce mot l'emporte) *cotuteur*, qu'autant que sa femme est tutrice; qu'il n'est tuteur enfin qu'avec elle et à cause d'elle.

De là les conséquences suivantes :

1° Tout événement, qui met fin à la cotutelle du mari, qui serait, par exemple, excusé ou destitué, met fin aussi nécessairement à la tutelle de la femme (Bruxelles, 18 juillet 1810, Geenens, Sirey, 1811, II, 433; Bourges, 28 janvier 1857, Vatoire, Dev., 1857, II, 508; Rouen, 25 juin 1857, Hélouis, Dev., 1858, II, 408).

Il faut excepter, bien entendu, le cas de décès du nouveau mari, qui loin de produire l'extinction de

la tutelle de la mère, lui rend au contraire sa primitive indépendance.

Ne faudrait-il pas excepter aussi le cas où le second mari deviendrait incapable d'être cotuteur par l'effet de l'interdiction, qui aurait été prononcée contre lui? (Art. 441-2°.)

On peut invoquer, je le sais, pour la négative, le texte absolu de l'article 396, qui n'admet la femme remariée comme tutrice des enfants de son premier lit, qu'à la condition que son nouveau mari sera *nécessairement* cotuteur.

Mais pourtant, est-ce que les motifs sur lesquels l'article 396 est fondé (*supra*, n° 131), existent dans cette hypothèse, surtout si nous supposons que la femme a été nommée elle-même tutrice de son second mari? (Art. 507).

N'y aurait-il pas alors une véritable inconséquence à lui enlever la tutelle de ses enfants?

Et dès lors n'est-on pas autorisé à croire que l'article 396 a prévu les cas ordinaires, les situations normales, et que, pour les cas exceptionnels qu'il n'a pas prévus, il convient de se décider pour ce qui est le plus conforme à la raison, à l'intérêt du mineur et aux sentiments de la nature?

2° Tout événement, qui met fin à la tutelle de la mère, met fin aussi à la cotutelle de son nouveau mari.

Je dois dire pourtant que le *Répertoire de jurisprudence* (Merlin, t. XIV, v° *Tutelle*, sect. III, n° 3) rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 14 décembre 1776, qui a jugé le contraire.

Mais les principes de cette matière n'étaient pas alors très-arrêtés; et la proposition, que je présente, me paraît résulter de la qualité de *cotuteur*, que la loi donne au mari (comp. Demante, t. II, n°s 145 *bis*, II-

IV; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 229).

139. — Cette doctrine, d'ailleurs, n'a pas d'inconvénient; car rien ne me paraît s'opposer à ce que le nouveau mari soit ensuite nommé tuteur par le conseil de famille; et il se pourra même très-souvent que sa nomination soit désirable, puisqu'il connaît déjà les affaires du mineur, et qu'il est tuteur en exercice. Il a pu aussi s'attacher personnellement au mineur.

Je pense même que cette nomination du second mari serait possible, non-seulement dans le cas où la tutelle de la mère aurait pris fin par sa mort, mais aussi dans le cas assez rare où la mère aurait été excusée ou destituée pour une cause à elle personnelle et étrangère à son nouveau mari cotuteur (*voy.* aussi *infra*, n° 168).

Bien plus, dans le cas même de l'article 396, je ne vois pas ce qui empêcherait le conseil de famille de nommer seulement le nouveau mari tuteur, sans conserver la tutelle à la mère. Cette hypothèse serait bizarre sans doute, et elle ne se présentera que bien rarement; mais enfin elle ne me paraît point juridiquement impossible (Merlin, *Rép.*, t. XIV, v° *Tutelle*, sect. III, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 369; l. 2. Cod., *De interdicto matrimonio*).

139 *bis*. — La femme a été maintenue dans la tutelle des enfants de son premier lit, et son nouveau mari a été nommé cotuteur.

La séparation de corps est ensuite prononcée entre les nouveaux époux.

Quel en sera l'effet, en ce qui concerne la tutelle de la mère et la cotutelle de son second mari?

Il me paraît regrettable que le Code Napoléon ne se soit point expliqué sur cette hypothèse, qui nous place

évidemment en dehors de la situation régulière et normale qu'il a seulement prévue dans l'article 396.

J'aurais voulu que l'on décidât que le conseil de famille serait réuni et qu'il aurait le pouvoir de faire ce qui lui paraîtrait le plus convenable dans l'intérêt du mineur : soit de nommer un tiers tuteur à la place des deux époux; soit de nommer le second mari sans la mère, ou la mère elle-même sans le second mari; car la séparation de corps a rendu à la mère assez d'indépendance pour qu'elle pût être seule tutrice de ses enfants (art. 302).

Dans le silence de la loi, quel parti prendre?

Dirons-nous que, par le seul effet de la séparation de corps, la mère cessera de plein droit d'être tutrice, de même que son nouveau mari cessera d'être cotuteur? (Chardon, *de la Puiss. tutélaire*, t. III, n° 24.)

Mais aucun texte ne met ainsi fin de plein droit à leur pouvoir; et cette solution me paraît trop absolue.

Dirons-nous, au contraire, que la tutelle et la cotutelle vont continuer comme devant?

Mais il se peut qu'elles ne puissent pas marcher par suite de la séparation des époux, de leur éloignement, de leurs inimitiés; et force serait bien alors de mettre un terme à cette situation.

Ne serait-ce pas dans l'article 444 qu'il faudrait en chercher le moyen; et le conseil de famille ne pourrait-il pas prononcer alors la destitution de celui des époux, qui aurait ainsi rendu impossible la commune gestion de la tutelle?

Est-ce contre la femme, par exemple, contre la mère, que la séparation de corps a été prononcée? C'est là, de sa part, une inconduite que la décision judiciaire a rendue notoire; et quelle que soit la cause de cette séparation, la mère, en manquant à ses devoirs

de famille, a donné le plus déplorable exemple à ses enfants.

Dans ce cas, la mère tutrice étant destituée, la cotutelle du second mari cesserait de plein droit ; mais il pourrait être nommé tuteur par le conseil de famille.

Est-ce contre le nouveau mari que la séparation de corps a été prononcée ?

Il y aura là aussi, le plus souvent, de sa part, une inconduite notoire, qui pourra motiver sa destitution.

Mais la mère pourrait-elle être, dans ce cas, nommée seule tutrice des enfants de son premier lit ?

Ici encore on peut invoquer, pour la négative, le texte absolu de l'article 396 (*supra*, n° 138).

Mais l'article 396 n'a pas prévu sans doute cette hypothèse ; lorsqu'il déclare que le nouveau mari sera nécessairement cotuteur, il n'a en vue que la situation régulière et normale du mariage.

Ne serait-il pas dès lors plus conforme à la raison, à l'intérêt des mineurs, de ne pas l'appliquer à une situation exceptionnelle à laquelle il n'a pas songé ?

140. — Le conseil de famille peut aussi ne pas conserver la tutelle à la mère.

Et il n'est pas même obligé de donner sur ce point les motifs de sa décision (art. 395).

Il est vrai que, d'après l'article 447, toute délibération du conseil de famille, qui prononce l'exclusion ou la destitution du tuteur, doit être motivée.

Mais l'article 447 ne s'applique qu'aux causes de destitution ou d'exclusion qui viennent d'être limitativement déterminées par les articles qui le précèdent (*voy.* aussi *supra*, n° 130).

Or, dans notre hypothèse, il ne s'agit pas d'une exclusion ou d'une destitution que le conseil de famille ne puisse prononcer qu'autant que la mère ou son

nouvel époux se trouverait dans un des cas d'exclusion ou de destitution prévus par la loi.

Le conseil de famille, au contraire, est chargé d'apprécier ici toutes les circonstances, toute la situation, pour décider si la tutelle doit ou ne doit pas être conservée à la mère.

Et je ne croirais pas même que l'on pût se pourvoir contre la délibération qui n'aurait pas maintenu la mère dans la tutelle, pas plus que contre la délibération qui la lui aurait conservée (comp. Cass., 17 nov. 1813, Mennesson, D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle*, p. 722, n° 4, et *infra*, n°s 335, 336).

141. — La mère qui n'aurait pas été maintenue dans la tutelle, pourrait-elle, après le décès de son nouveau mari, réclamer cette tutelle?

Et de son côté, le tuteur, qui avait été nommé à sa place, pourrait-il, dans le même cas, réclamer sa décharge ?

Que le conseil de famille ne soit pas obligé de déférer à la demande de l'un ou de l'autre, cela est d'abord certain. La mère a perdu la tutelle légale; et aucun texte ne la lui rend après le décès de son nouveau mari. Elle peut sans doute, ainsi que nous l'avons dit, être nommée ensuite tutrice par le conseil de famille; mais il faut qu'elle soit nommée; et dès que c'est le conseil de famille qui nomme, il a le choix du tuteur (art. 405).

Et cela est très-sage. J'approuve beaucoup, pour ma part, notre Code Napoléon de n'avoir pas déclaré, comme l'a fait le Code hollandais, que : *dans le cas où le second mariage serait dissous, la mère serait réintégrée de droit dans la tutelle* (art. 406).

Il se peut en effet que la mère, même veuve de son nouveau mari, ne convienne plus à la tutelle des enfants de son premier lit, soit parce qu'elle aurait

des enfants de son second mariage, soit par tout autre motif.

Ce que l'on peut soutenir seulement, c'est que le conseil de famille aurait la faculté de rendre la tutelle à la mère, si elle la réclame, ou si le tuteur en exercice réclame lui-même sa décharge. Tel serait même notre avis; et nous appliquerons ici l'article 431, dont l'hypothèse finale nous paraît offrir une grande analogie avec la nôtre :

« .... Si, à l'expiration de ces fonctions, services « ou missions (à raison desquels un tuteur aurait été « excusé), le nouveau tuteur réclame sa décharge ou « que l'ancien redemande la tutelle, *elle pourra* leur « être rendue par le conseil de famille » (Rouen, 30 mars 1844, L..... C. Debons, D., 1844, II, 156; Magnin, t. I, n° 435.)

142. — Plusieurs arrêts ont jugé, et quelques auteurs enseignent que le conseil de famille peut, en conservant la tutelle à la mère, lui imposer, à elle ainsi qu'à son nouveau mari cotuteur, certaines conditions d'administration;

Qu'il peut non-seulement régler la somme à laquelle devra s'élever la dépense annuelle du mineur (art. 454);

Et décider que la mère et son nouvel époux remettront annuellement au subrogé tuteur des états de situation (art. 470);

Mais encore qu'il a le pouvoir d'ordonner qu'ils ne toucheront les capitaux qu'en présence du subrogé tuteur, qui sera chargé d'en surveiller l'emploi, etc.

On raisonne ainsi :

Le conseil de famille aurait le droit d'enlever tout à fait la tutelle à la mère;

Or, qui peut le plus, peut le moins;

A fortiori donc, a-t-il le droit, en la maintenant dans

la tutelle, de lui imposer, à elle et à son nouveau mari, certaines conditions d'administration.

Ce terme moyen est en effet bien plus convenable que l'alternative dans laquelle on voudrait placer le conseil de famille : ou de priver absolument la mère de la tutelle de ses enfants, ou de confier cette tutelle à un nouveau mari, qui n'offre pas toutes les garanties désirables, qui même peut-être inspire à cet égard quelques craintes.

Quel intérêt légitime est donc lésé par cette espèce de conciliation?

Ce n'est pas, certes, l'intérêt du mineur qui fait précisément l'objet de la sollicitude du conseil de famille. Tout au contraire! cette faculté accordée au conseil de prendre, en fait, les précautions que les circonstances particulières peuvent exiger est la meilleure de toutes les garanties. Et, par exemple, ne peut-il pas être très-convenable alors de régler le montant de la dépense annuelle du mineur? Il est vrai que l'article 454 ne s'applique pas à la tutelle des père et mère. Mais ce n'est plus ici la tutelle de la mère seule, de la mère elle-même; il y a là un étranger cotuteur, et lorsque la loi enlève à la mère, qui se remarie, l'usufruit des biens des enfants de son premier lit, précisément dans la crainte que son nouveau mari ne s'empare de leurs revenus pour son bien-être personnel, est-il sage de lui laisser, à un autre titre, la libre disposition de ces revenus?

De même si le nouvel époux de la mère n'a pas d'immeubles, et si lui-même personnellement n'eût jamais été nommé tuteur par le conseil de famille, n'est-il pas prudent, en laissant la tutelle à la mère, de décider que les capitaux ne seront reçus et placés qu'avec l'assistance du subrogé tuteur?

Est-ce la mère, est-ce son nouveau mari qui se

plaindront de ce que ces décisions modifieraient leurs droits ou porteraient atteinte à leur considération personnelle?

Leurs droits! mais un tuteur n'a pas de droits, sous ce point de vue, contre son pupille. Ses pouvoirs, ses attributions, toute son autorité a pour but unique l'intérêt du mineur; et dès que cet intérêt est garanti, le tuteur ne saurait revendiquer en son nom un droit personnel.

Ces mesures mêmes, après tout, diminuent et allégent d'autant la responsabilité de la mère et du cotuteur; et quant à leur considération personnelle, qu'ils se rassurent, elle n'est nullement atteinte ni affectée! Ce sont là de simples mesures conservatoires, que la loi autorise dans beaucoup de cas (art. 1180), et qui n'ont en général aucun caractère offensant.

Ajoutez enfin que s'ils se croient lésés par l'arrêté de la famille, ils peuvent se pourvoir devant les tribunaux; ce qui éloigne le danger de tout abus, de toute usurpation de pouvoirs de la part du conseil de famille. Voilà ce que décide l'article 507, dans une circonstance très-semblable à la nôtre; et cet article, en attribuant textuellement ce pouvoir au conseil, complète et couronne ainsi la démonstration (Rouen, 6 août 1827, Varin, D., 1830, II, 11; Agen, 14 déc. 1830, Sautum, D., 1831, II, 130; Zachariæ, t. I, p. 224; Taulier, t. II, p. 14).

143. — Cette doctrine a même été généralisée et étendue à tout tuteur, soit datif, soit légitime.

C'est ainsi qu'on a jugé que le conseil de famille pouvait modifier les pouvoirs que le tuteur tient de la loi:

1° Lorsqu'il le nomme lui-même directement (Cass., 20 juill. 1842, L.... C. R..., Dev., 1842, I, 587);

2° Et même aussi, lorsque le tuteur est légal, comme

par exemple le père survivant (art. 390; Limoges, 28 février 1846, M... C. Parthouneaud, Dev., 1846, II, 355).

144. — J'ai déjà annoncé cette importante question (*voy.* notre *Traité de l'Absence*, n° 323, et notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 602).

Et puisqu'elle se présente ici à l'occasion du convol de la mère survivante, tutrice légale, je vais la résoudre, une fois pour toutes, sous ses divers points de vue.

J'essayerai donc d'établir, contrairement à l'opinion que je viens d'exposer, qu'en principe le conseil de famille ne peut pas imposer au tuteur datif, et moins encore au tuteur légitime, des conditions d'administration que la loi ne lui impose pas.

Je dirai ensuite par quels moyens il serait, suivant moi, possible de pourvoir aux dangers que le système contraire signale.

1° On ne peut pas déroger aux lois qui intéressent l'ordre public (art. 6);

Or, la tutelle a certainement ce caractère. C'est la loi elle-même en effet qui a fondé tout le mécanisme de la tutelle; elle en a organisé le gouvernement, elle en a désigné les fonctionnaires et souverainement réglé leurs attributions, en faisant à chacun d'eux sa part de devoirs et d'autorité. Tout cela, tout cet ensemble de dispositions forme l'organisation constitutionnelle et, pour ainsi dire, la charte de la tutelle;

Donc, il n'est pas permis de la changer ou de la modifier, dans aucune de ses parties.

Le conseil de famille ne pourrait pas changer le mode de nomination des tuteurs; il ne peut pas davantage changer leurs attributions. Le principe est absolument le même.

2° Le conseil de famille ne peut, pas plus que le tuteur lui-même, sortir de la sphère d'attributions dans laquelle la loi l'a placé ;

Or, le tuteur, ni le subrogé tuteur, ni le tribunal, ne peuvent pas, bien entendu, diminuer les pouvoirs du conseil de famille ;

Donc, le conseil de famille, même de concert avec le subrogé tuteur, ne peut pas diminuer les pouvoirs du tuteur; à chacun sa part; à chacun son rôle, tel que la constitution de leurs communs pouvoirs l'a distribué; au delà c'est de l'usurpation, c'est de l'anarchie !

3° On invoque l'intérêt du mineur !

Mais est-ce donc que la loi a jamais elle-même un autre mobile et un autre but que celui-là ?

L'intérêt du mineur, voilà ce qu'elle se propose toujours, en tout et pour tout.

Ce n'est point apparemment dans l'intérêt personnel du tuteur, afin seulement de le mettre plus à l'aise, qu'elle lui laisse, dans certains cas, le droit d'agir seul au nom du mineur.

C'est toujours dans l'intérêt du mineur ; c'est parce qu'elle a pensé que les entraves, qu'elle mettrait alors au pouvoir du tuteur, auraient plus d'inconvénients que d'avantages, et gêneraient son administration au détriment du mineur lui-même.

C'est la grande et bien funeste erreur de notre temps de croire, hélas ! que le pouvoir est fait pour ceux qui l'exercent.

Et nous ne pouvons nous empêcher de nous la rappeler en présence de cet argument qui veut démanteler l'autorité tutélaire; et cela, dans l'intérêt du mineur !

La loi elle-même a apprécié ce qui convenait le mieux à cet intérêt, qu'elle protége ; elle l'a apprécié

souverainement, et nul ne saurait avoir le droit de se montrer plus sage et plus prévoyant qu'elle.

Tout le monde convient que le conseil de famille ne pourrait pas augmenter les pouvoirs du tuteur, le dispenser, par exemple, de la nécessité de l'autorisation dans les cas où la loi l'exige.

Eh bien! le conseil de famille ne peut pas davantage diminuer les pouvoirs du tuteur; et cela par la même raison dans les deux cas : parce que c'est toujours dans l'intérêt du mineur, souverainement apprécié par la loi, que les pouvoirs du tuteur sont tantôt plus restreints, tantôt plus étendus.

Et le conseil de famille ne nuirait pas moins à l'intérêt du mineur, en restreignant les pouvoirs du tuteur, lorsque la loi a cru devoir les étendre, qu'en les étendant, lorsque la loi a cru devoir les restreindre.

4° Objectera-t-on que la loi n'a posé qu'une règle générale, et qu'il lui était impossible d'entrer dans le détail des circonstances particulières qui peuvent quelquefois faire souhaiter, en fait, que cette règle soit modifiée?

S'il est vrai que la règle tracée d'avance entraîne quelques inconvénients (ce qui est presque toujours inévitable), elle a aussi de très-grands avantages.

Elle prévient, par exemple, de la part des tiers, l'incertitude et l'hésitation, qui seraient si contraires à l'intérêt public et aux intérêts mêmes du mineur; hésitation certainement aussi inévitable, si chaque tutelle était régie par les dispositions particulières et inconnues qu'il plairait au conseil de famille d'imaginer.

Elle prévient l'arbitraire indéfini dans lequel seraient bientôt entraînés les conseils de famille, assez naturellement portés, comme tous les corps délibérants, aux empiétements, aux envahissements.

Où s'arrêterait-on, en effet, dans cette voie, et quelle serait la limite?

Celui-ci décidera que le tuteur ne pourra toucher les capitaux qu'avec l'assistance du subrogé tuteur;

Celui-là, que le tuteur ne pourra louer les immeubles de son pupille qu'aux enchères publiques (comp. Cass., 11 août 1818, Berdin, Sirey, 1819, I, 17; Rouen, 30 nov. 1840, Fouquet, Dev., 1841, II, 137).

Qui sait même si l'on n'irait pas jusqu'à nommer au tuteur un conseil, sans l'assistance duquel il ne pourrait rien faire?

Le tuteur sans doute pourrait se pourvoir devant le tribunal; mais prenez garde que si le conseil de famille, après tout, était dans son droit en prenant des délibérations de ce genre, il serait fort à craindre que le tribunal lui-même ne se laissât entraîner dans cette voie, puisque cette voie elle-même serait légale. Et voilà pourquoi précisément il ne faut pas qu'elle soit déclarée telle.

5° Les articles 391 et 507 sont les seuls par lesquels la loi permette, dans deux cas spéciaux, de modifier le pouvoir qu'elle a conféré au tuteur; et ces deux exceptions confirment de plus en plus la règle.

Les deux exceptions d'abord s'expliquent par ce motif commun, que dans l'une et dans l'autre, la tutelle est gérée par une femme; et les femmes sont, en règle générale, incapables d'être tutrices (art. 442-2°).

Dans le cas de l'article 391, c'est une consolation que la loi a cru devoir accorder à la sollicitude du père mourant; mais c'est à lui seul qu'elle donne le droit de modifier les pouvoirs de la mère, tutrice légale.

Et dans le cas de l'article 507, c'est le mari interdit qui se trouve sous la tutelle de sa femme; circonstance exceptionnelle, qui ne rentre pas dans l'hypothèse générale des tutelles.

Notre conclusion est donc qu'en principe le conseil de famille n'a pas le droit de modifier les conditions d'administration du tuteur même, qu'il nomme directement, du tuteur datif (comp. Riom, 18 avril 1809, Cottard, Sirey, 1812, II, 288; Toulouse, 26 août 1818, Bertrand; 2 juillet 1821, M...., Sirey, 1822, II, 8 et 10; Caen, 30 déc. 1845, Leclerc, Dev., 1846, II, 651; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 330, 331).

Et, par la même raison, nous n'admettons pas qu'il ait le droit de lui donner un surveillant quelconque, autre qu'un subrogé tuteur, comme serait par exemple, un tuteur honoraire (comp. Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Tuteur*, § 1; *voy.* toutefois Angers, 6 août 1819, Reveillière, Sirey, 1820, II, 196; Magnin, I, 548).

145. — Cette conclusion est encore plus vraie et plus facile à justifier, en ce qui concerne le tuteur légitime, qui tient non-seulement ses pouvoirs d'administration, mais son titre même directement de la loi (Toulouse, 2 juillet 1821, M... C. J..., Sirey, 1822, II, 10).

146. — Or, nous avons vu (*supra*, n° 133) que la mère survivante, qui se remarie et que le conseil de famille maintient dans la tutelle, *conserve* alors la tutelle qui lui appartenait (art. 396), c'est-à-dire la tutelle légale.

Donc, le conseil de famille ne peut pas lui imposer des conditions d'administration que la loi elle-même ne lui impose pas.

Cette solution me paraît très-juridique, quant à ces conditions tout à fait illégales, auxquelles aucun tuteur n'est tenu de se soumettre; et par exemple, je tiens pour certain que le conseil de famille ne pourrait pas décider que la mère et son nouveau mari devront être assistés du subrogé tuteur pour recevoir le remboursement des capitaux dus au mineur (Grenoble,

28 juillet 1832, Genin, D., 1833, II, 29; Caen, 30 déc. 1845, Leclerc, Dev., 1846, II, 621; de Fréminville, t. I, n° 57).

Mais le conseil de famille pourrait-il, en conservant la tutelle à la mère, et en nommant son nouveau mari cotuteur : 1° régler la somme à laquelle devra s'élever la dépense annuelle du mineur? 2° les obliger à remettre au subrogé tuteur des états de situation?

Rigoureusement, la négative pourrait paraître encore plus juridique; car enfin, la mère conserve la tutelle légale; or, aux termes des articles 454 et 470, ces deux mesures peuvent être prises seulement par le conseil de famille dans toute tutelle *autre que celle des père et mère*.

Toutefois remarquons bien qu'il s'agit ici de mesures légales en soi, et auxquelles le tuteur est même en général soumis de droit commun.

Il est vrai que les articles 454 et 470 en dispensent la tutelle des père et mère.

Mais ici il y a une tutelle, ou si vous voulez une cotutelle, qui n'est pas celle de la mère. Le texte même de la loi semble donc autoriser le conseil de famille à prendre ces deux mesures; et comme l'application de ce texte est ici très-sage, comme on peut craindre de la part du nouveau mari un mauvais emploi des revenus du mineur, je penserais moi-même que le conseil de famille peut appliquer ici les articles 454 et 470 (comp. Chardon, *de la Puiss. tutélaire*, t. III, n° 25; Allemand, *du Mariage et de ses effets*, t. II, n° 1202; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I p. 367).

147. — Peu importe que le tuteur ait ou n'ait pas accepté les conditions et restrictions illégales, que le conseil de famille aurait mises à son pouvoir.

On a jugé, à la vérité, qu'il était non recevable à les critiquer après son acceptation (Agen, 14 déc. 1830,

Sautum, D., 1831, II, 130; Cass., 20 juill. 1842, L... C. R..., Dev., 1842, I, 587).

Mais le fondement de toute notre doctrine reposant sur ce motif, que l'organisation de la tutelle est de droit public, il s'ensuit que l'adhésion du tuteur ne valide pas les dérogations que le conseil de famille y aurait faites (art. 6).

148. — Peu importe aussi que ces dérogations aient été faites par le conseil de famille dans l'acte même de nomination du tuteur ou pendant le cours de la tutelle et par une délibération postérieure (*voy.* l'arrêt d'Agen précité).

Seulement, en cas de réclamation de la part du tuteur, qui n'aurait été nommé par le conseil de famille que sous des conditions dont il demanderait ensuite la nullité, il semblerait logique et convenable que la délibération tout entière fût annulée, y compris la nomination du tuteur. L'intérêt du mineur l'exigerait, surtout si le choix était tel que le conseil de famille ne l'eût certainement pas fait, s'il n'avait pas pu en même temps y mettre ses conditions.

149. — Telle est, sur cette thèse importante et difficile, la théorie qui me paraît la plus juridique.

Je ne le nierai pas toutefois, cette théorie ne résout pas d'une manière satisfaisante l'une des objections les plus graves de la doctrine contraire.

Vous allez donc, nous dit-on, livrer les capitaux du mineur à un homme d'une insolvabilité notoire!

Ce ne serait pas répondre que dire : ne le nommez pas! car ce peut être un tuteur légitime ou même un tuteur datif déjà nommé.

Conseillerons-nous de le destituer?

Mais ce remède extrême ne sera pas toujours praticable. La loi a déterminé les causes d'exclusion et de destitution, et il n'est pas permis d'en ajouter d'autres.

Sans doute, il appartient au conseil de famille et aux magistrats d'apprécier, en fait, avec assez de liberté, les circonstances d'*inconduite notoire*, d'*incapacité* et d'*infidélité*, qui, aux termes de l'article 444, peuvent rendre le tuteur destituable; mais encore faut-il que le tuteur puisse être équitablement considéré comme se trouvant dans l'une de ces conditions; et l'insolvabilité même la plus notoire n'en est pas, à elle seule, la preuve. C'est un failli, par exemple, que des événements politiques ou même des opérations malheureuses ont ruiné, mais auquel on ne reproche ni fraude, ni inconduite, ni même imprudence.

Mais enfin il est renversé, et il n'a plus absolument rien. Cette situation est déjà par elle-même périlleuse; et on peut supposer, en outre, que des craintes sur l'emploi d'un capital qui va être payé au mineur, que des soupçons même plus ou moins vagues s'élèvent dans l'esprit du conseil de famille.

Laisserez-vous ce tuteur toucher purement et simplement le capital?

L'objection est pressante; mais la vérité est qu'elle s'adresse au Code Napoléon lui-même. C'est le Code Napoléon qui laisse à la discrétion du tuteur l'encaissement et l'emploi de tous les capitaux du mineur; tandis qu'en droit romain, les débiteurs du pupille ne pouvaient valablement payer entre les mains du tuteur qu'en vertu d'une décision du magistrat (Inst., lib. II, *Quib. alien. licet vel non*, § 2).

Cela est très-grave, sans doute, aujourd'hui surtout que les fortunes mobilières ont pris un si prodigieux accroissement. Mais enfin, le Code Napoléon est ainsi fait; et il n'a songé à aucune autre garantie que l'hypothèque légale, qui se réduit à rien, quand le tuteur n'a pas d'immeubles.

Est-il possible de suppléer à cette garantie, et de protéger le mineur contre ce péril?

Il y a un cas où la loi elle-même nous en fournit, je crois, le moyen : c'est lorsqu'il s'agit du prix à provenir des immeubles du mineur qui doivent être vendus ou licités.

Il appartient, en effet, au conseil de famille, dans le cas prévu par l'article 457, et aux tribunaux, dans le cas de l'article 460, *de déterminer les conditions de la vente ;*

Or, tout ce qui concerne le prix, son importance, le mode de payement, etc., fait certainement partie de ces conditions;

Donc, le conseil de famille ou le tribunal peut décider que le prix restera en crédit entre les mains de l'acquéreur ou de l'adjudicataire jusqu'à la majorité du mineur, et qu'il en sera fait immédiatement tel autre emploi, qu'il désignera.

Le tuteur, alors, peut d'autant moins se plaindre, que ce prix représente les immeubles du mineur, dont il n'avait pas, bien entendu, la libre disposition (Cass., 20 juin 1843, Royer, Dev., 1843, I, 651; *voy.* notre t. VI, n° 602).

150. — Mais c'est une rente, par exemple, qu'un débiteur du mineur veut rembourser.

N'aurons-nous aucun moyen d'empêcher ce capital d'entrer sans garantie dans les mains de ce tuteur failli et ruiné?

Telle serait, je le crains bien, la rigueur du principe.

Mais il faut avouer pourtant qu'une telle situation est bien étrange.

Comment! voilà un homme en faillite ou en déconfiture. Il est déchu envers ses créanciers du bénéfice du terme (art. 1188, 1912, 448 C. de comm.). Les mandats, qu'il avait reçus, sont révoqués (art. 2003).

Tous les créanciers accourent pour exiger leur remboursement ou pour stipuler des sûretés (art. 1180).

Et la loi, chargée de veiller aux intérêts du mineur, serait là toute seule sans rien faire et à regarder tranquillement les capitaux du mineur s'engloutir dans ce désastre !

N'y a-t-il pas ici une de ces nécessités suprêmes qui sont la loi des lois ? et ne peut-on pas argumenter de toutes ces analogies (art. 1180, 1188, 1913, 2003) pour conclure que, dans le cas d'un péril constaté, il appartiendrait au subrogé tuteur de former, entre les mains des débiteurs, opposition au payement, jusqu'à ce que le conseil de famille eût indiqué l'emploi qui devra être fait des fonds remboursés? (*Voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 602.)

Je crois que si le désarroi est si grand et le péril si sérieux, on devra demander à ce tuteur sa démission, et, s'il la refuse, prononcer sa destitution (*infra*, nos 488-492).

Ce moyen me paraîtrait alors meilleur et plus juridique que tout autre.

§ II.

De la tutelle testamentaire déférée par le dernier mourant des père et mère.

SOMMAIRE.

151. — Le dernier mourant des père et mère peut choisir un tuteur à ses enfants.

152. — Le dernier mourant sans distinction. — Conséquences.

153. — Cette tutelle est communément appelée testamentaire. — Observation.

154. — En quelle forme cette nomination peut-elle être faite?

155. — Le premier mourant des époux ne peut pas enlever la tutelle légale au survivant.

156. — Mais que décider, si le survivant des époux ne devait pas exercer la tutelle légale ?

151. — Le législateur n'a pas voulu refuser au dernier mourant des père et mère la consolation de choisir lui-même la personne, qui devra le remplacer auprès de ses enfants, que son décès va rendre orphelins.

Il s'en rapporte donc à sa tendresse et lui accorde le droit de leur choisir un tuteur;

Le droit *individuel,* dit l'article 397, par opposition sans doute au droit *collectif* du conseil de famille.

152. — L'article 397 confère ce droit *au dernier mourant,* sans aucune distinction;

Au mineur donc aussi bien qu'au majeur (arg. de l'article 442-1°);

A la mère aussi bien qu'au père ;

A la mère, lors même que le père prémourant lui aurait nommé un conseil de tutelle;

Et il ne paraît même pas qu'elle ait besoin de l'assistance de son conseil pour faire cette nomination, ni que le tuteur nommé par elle, dans ce cas, doive être confirmé par le conseil de famille (comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 410; Aubry et Rau, t. I, p. 369 ; de Fréminville, I, 71).

153. — Cette tutelle est communément appelée testamentaire dans la doctrine, parce qu'en effet elle émane d'une sorte de disposition à cause de mort, qui peut même être faite par testament.

Toutefois, elle peut aussi être déférée par une déclaration faite devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaire; et on peut ajouter que le Code Napoléon ne la qualifie pas lui-même de tutelle *testamentaire.*

154. — Quant aux formes suivant lesquelles la nomination de ce tuteur peut être faite, nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons dit sur l'article 392, auquel l'article 398 lui-même nous renvoie (*supra*, nos 80-85).

155. — Ce droit *n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère.*

Ces termes de l'article 397 sont à remarquer.

Il en résulte d'abord que le premier mourant ne peut pas enlever la tutelle légale au survivant (art. 390).

Le père a seulement la faculté de nommer, comme

nous le savons, un conseil de tutelle à la mère survivante (art. 391).

156. — Mais que décider, si le survivant des époux ne devait pas exercer la tutelle légale, s'il était, par exemple, interdit, ou même s'il avait perdu la puissance paternelle par application de l'article 335 du Code pénal ?

On a enseigné que, dans ce cas, le premier mourant pourrait choisir le tuteur de ses enfants.

Ce droit ne lui est refusé, dit-on, que par respect pour le droit du survivant, auquel appartient la tutelle légale ;

Or, nous supposons que le survivant ne sera pas tuteur légal ;

Donc, rien ne s'oppose à ce que le premier mourant fasse lui-même la nomination de celui qui doit gérer la tutelle à sa place. Si le survivant dont l'interdiction aurait été levée, redevenu capable, réclame ensuite la tutelle, elle lui sera rendue. De cette manière, tous les droits sont garantis (Delvincourt, t. I, p. 105, note 1).

Mais le texte de l'article 397 nous paraît trop formel pour admettre cette distinction ; et comme le choix du tuteur par une seule personne a quelque chose d'exorbitant dans le système général de nos tutelles, nous en concluons qu'il ne doit pas être accordé contrairement aux termes de la loi (Duranton, t. III, n° 455 ; Valette sur Proudhon, t. II, p. 203 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 370 ; Massé et Vergé, t. I, p. 411 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 597 ; Demante, t. II, n° 146, *bis*, I ; de Fréminville, t. I, n° 72).

157. — Pour le cas où l'un des époux serait absent, présumé ou déclaré, lorsque l'autre vient à mourir, nous nous sommes déjà expliqué (*voy.* notre. t. II, n° 325).

158. — Le survivant des père et mère, s'il n'exerçait pas lui-même la tutelle, pourrait-il choisir le tuteur de ses enfants?

Le choisir, dis-je :

Soit de son vivant et afin que le tuteur gérât dès actuellement à sa place;

Soit pour l'époque de sa mort, et afin que le tuteur testamentaire remplaçât le tuteur datif, qui serait alors en exercice?

Il y a un cas dans lequel la négative est, sur les deux questions, unanimement admise, et en effet incontestable; c'est celui où le survivant des père et mère aurait été exclu ou destitué de la tutelle de ses enfants.

Il ne pourrait pas alors concourir, même seulement par sa voix, comme membre du conseil de famille, à la nomination d'un tuteur datif (art. 445).

A fortiori, est-il impossible de lui laisser le droit de choisir seul le tuteur (arg. de l'article 399).

M. Duranton va même plus loin, et il déclare que le père ou la mère qui a été exclu ou destitué, même d'une tutelle autre que celle de ses enfants, ne peut pas non plus leur choisir un tuteur par testament (t. III, n° 436; ajout. : Augier, *Encyclop. des juges de paix*, t. V. p. 195).

Nous sommes pourtant alors dans les termes de la loi; et si nous supposons que le survivant exerce la tutelle de ses enfants, il semble que nous devons lui laisser aussi la faculté de transmettre cette tutelle à l'homme de son choix (Chardon, *de la Puiss. tutél.*, t. III, n° 37).

159. — Mais les opinions sont, au contraire, très-partagées, lorsque le survivant a été seulement *excusé* de la tutelle.

Quelques-uns ont pensé qu'il avait alors le droit de choisir lui-même et de son vivant le tuteur, qui devait gérer dès actuellement à sa place.

Si le Code Napoléon, dit-on, accorde ce droit au dernier mourant, c'est-à-dire à l'époux affaibli déjà peut-être par l'âge, par les infirmités, et dont la volonté peut être influencée et surprise, n'est-il pas raisonnable de l'accorder *a fortiori* à l'époux dans la force de l'âge, dont le choix sera toujours plus libre et plus éclairé? Et voilà pourquoi, sans doute, le Code Napoléon a évité d'appeler cette tutelle du nom de *testamentaire*, que les interprètes lui ont mal à propos donné.

La mère donc, qui refuserait la tutelle, dans le cas de l'article 394, le père qui s'en excuserait, parce qu'il serait appelé à un emploi public, pourraient en conséquence choisir eux-mêmes le tuteur, qui gérera, dès à présent, à leur place (Toullier, t. II, n° 1102; Malleville, sur l'article 397).

160. —Cette solution me paraît contraire à tous nos textes :

1° A l'article 397, qui n'accorde le droit de nommer un tuteur qu'*au dernier mourant des père et mère*, et par conséquent pour l'époque où il n'existera plus lui-même ;

2° A l'article 394, qui prévoyant le cas où la mère refuse la tutelle, déclare qu'elle devra en remplir les devoirs *jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur* par le conseil de famille.

Ce n'est pas abitrairement, en effet, que la doctrine appelle cette tutelle testamentaire.

Cette tutelle, généralement inconnue dans nos coutumes, a été empruntée par les rédacteurs du Code Napoléon au droit romain, qui la qualifiait positivement ainsi, et d'après lequel, en effet, elle ne pouvait s'ouvrir que par la mort même du père de famille.

On s'explique très-bien d'ailleurs qu'on n'ait point donné au survivant qui refuse la tutelle, même dans le cas d'une excuse légale, la faculté privilégiée qu'on

accorde à celui que la mort elle-même sépare à jamais de ses enfants.

Le survivant peut faire gérer la tutelle par un mandataire de son choix, sous sa surveillance et sous sa responsabilité ; mais s'il la répudie, s'il brise lui-même le lien, il est tout simple que la loi pourvoie à la nomination du tuteur qui doit le remplacer (Duranton, t. III, n° 434 ; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 289 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 370 ; Massé et Vergé. t. I, p. 411 ; de Fréminville, t. I, n° 70 ; Marchant p. 112, 113, n°s 2, 3 ; Demante, t. II, n° 146 *bis*, I).

161.—Mais le survivant, excusé de la tutelle, peut-il du moins nommer un tuteur pour le moment de sa mort ?

En d'autres termes, faut-il que le dernier mourant soit lui-même tuteur pour exercer le droit, qui lui est conféré par l'article 397 ?

Le Code Napoléon n'a prévu, à cet égard, qu'une seule hypothèse dans l'article 399, qui déclare que la mère remariée *et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage*, ne peut leur choisir un tuteur.

Il a gardé, pour tous les autres cas, le silence ; et de là, trois opinions différentes.

La première accorde toujours au dernier mourant, même excusé de la tutelle, le droit de choisir un tuteur à ses enfants ; toujours, dis-je, et sans distinguer si la tutelle est ou n'est pas vacante à l'époque de son décès. Le tuteur datif en exercice devrait donc se retirer devant le nouveau tuteur testamentaire (D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 70 ; Duranton, t. III, n° 438 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 598 ; Allemand, t. II, n° 1216 ; Demante, t. II, n° 146 *bis*, II.)

162.—La seconde opinion distingue, au contraire :

La tutelle est-elle vacante à l'époque du décès du dernier mourant ?

Il peut nommer un tuteur par testament.

La tutelle est-elle exercée ?

Il ne le peut pas; car la loi prend soin d'éviter le plus possible les changements de tuteur (Taulier, t. II, p. 20; Chardon, *Puiss. tutél.*, t. III, nos 38, 39; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 411).

163. — La troisième opinion enfin, que je propose, enseigne sans distinction que le dernier mourant, lorsqu'il n'est pas lui-même tuteur, ne peut jamais nommer un tuteur par testament.

D'après la théorie du Code Napoléon, la tutelle testamentaire est la suite de la tutelle légale du survivant des père et mère; c'est le survivant qui exerce la tutelle, qu'elle autorise à transmettre lui-même cette tutelle à un successeur de son choix.

Or, le survivant excusé n'a plus la tutelle.

Donc, il ne peut pas transmettre un pouvoir qui n'est plus dans ses mains.

Mais, direz-vous, si telle était la règle générale, il eût été inutile de déclarer, par un article exprès, que la mère remariée et non maintenue dans la tutelle de ses enfants du premier lit, ne peut pas leur nommer un tuteur par testament? L'article 399 suppose donc une règle toute contraire, à laquelle seulement il fait une exception fondée sur la position particulière de la mère, qui se trouve soumise à l'influence du second mari.

Je réponds que sans doute il y avait, dans cette circonstance, un motif de plus pour ne pas autoriser la mère non-tutrice à nommer un tuteur testamentaire, mais qu'il n'en est pas moins vrai que cet article 399 n'est lui-même que la conséquence du principe plus général que nous venons de poser, principe conforme à la raison et à l'économie de toute la loi.

Il n'est pas douteux que la loi a voulu éviter un changement inutile de tuteur; ce second motif est aussi très-sérieux, et en fait, il existera aussi presque tou-

jours. Mais lors même qu'il arriverait par hasard que la tutelle fût vacante et ne fût pas pourvue d'un tuteur datif, au moment du décès du dernier mourant des père et mère, je pense que celui-ci n'aurait pas le droit de nommer un tuteur par testament.

Ajoutez enfin que le fait même que le survivant n'exerce pas la tutelle, n'est certes pas un titre de recommandation pour lui; car s'il n'est pas nécessairement une preuve d'insouciance ou un aveu d'incapacité, il ne témoigne pas du moins d'un extrême dévouement (comp. Delvincourt, t. I, p. 105, note 2; Valette sur Proudhon, t. II, p. 293; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 370; de Fréminville, t. I, n° 75).

164. — Marcadé (t. II, art. 397, n° 1) enseigne même que le dernier mourant des père et mère, qui se serait d'abord excusé de la tutelle, ne pourrait pas nommer un tuteur testamentaire, lors même qu'il aurait été plus tard *renommé* tuteur par le conseil de famille. La tutelle, qu'il aurait alors, ne serait plus en effet la tutelle légale, la seule que la loi l'autorisait à transmettre, mais la tutelle dative émanant du conseil de famille, dont il ne serait que le délégué. Aussi l'article 399 refuse-t-il à la mère le droit de nommer un tuteur par testament à ses enfants du premier lit, par cela seul qu'elle n'a pas été *maintenue dans la tutelle légale*, sans distinguer si la tutelle dative lui a depuis été conférée.

Ce raisonnement paraît logique; mais ne l'est-il même pas trop? Je suis tenté de le croire. Après tout, dans notre hypothèse, le dernier mourant des père et mère exerce la tutelle; et il n'y a pas, au moment de sa mort, de tuteur en exercice, puisque c'est sa mort même qui produit la vacance. Je puis donc invoquer à la fois les termes et les motifs de l'article 397 (de Fréminville, t. I, n° 76).

165. — Le père remarié peut néanmoins choisir un tuteur aux enfants de son premier lit (arg. des articles 386, 399).

166. — Il n'en est pas ainsi de la mère; et la loi fait une distinction.

La mère a perdu ce droit, si elle n'a pas été maintenue dans la tutelle (art. 399); et cette disposition est évidemment applicable à la mère qui aurait perdu la tutelle de plein droit, pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille, avant de se remarier (art. 395).

Si la mère, au contraire, a été maintenue dans la tutelle, elle peut nommer un tuteur par testament à ses enfants du premier lit; mais comme son choix pourrait être le résultat de l'influence de son nouveau mari, la loi exige qu'il soit confirmé par le conseil de famille.

167. Nous croyons même que la loi confère, en cette occasion, au conseil de famille, un pouvoir d'appréciation discrétionnaire et souverain, comme dans le cas de l'article 395 (*supra*, n° 140). Il n'est pas tenu de rendre compte de ses motifs; et la personne nommée tutrice testamentaire ne peut pas se pourvoir contre sa délibération. Cette personne n'a pas été exclue ni destituée; elle n'a pas été agréée, voilà tout; la condition, sous laquelle la nomination avait été faite par le dernier mourant des père et mère, a manqué, et elle est réputée n'avoir pas eu lieu; les articles 447 et 448 ne sont donc point alors applicables.

168. — Rien ne fait obstacle à ce que la mère nomme son second mari tuteur des enfants de son premier mariage; et le conseil de famille pourra même être, à moins de motifs particuliers, porté à confirmer ce choix, puisque ce mari est déjà cotuteur (*supra*, n° 139).

169. — Le tuteur, quoique ainsi confirmé par

le conseil de famille, tient toujours son titre du choix de la mère; il n'est pas nommé par ce conseil, et il exclut en conséquence la tutelle des ascendants.

Le droit de la mère n'est donc pas, comme on l'a prétendu, anéanti par l'article 400, qui soumet son choix à la confirmation du conseil de famille; il produit au contraire cet effet important, que le tuteur choisi par elle l'emporte sur les ascendants, tandis que le conseil de famille ne pourrait pas nommer lui-même directement un tuteur, à leur exclusion.

Le plus qu'on pourrait dire, c'est que la tutelle, alors, n'est ni *pure testamentaire*, ni *pure dative;* qu'elle est *mixte* enfin, suivant le mot de nos anciens auteurs, à l'époque où tout tuteur testamentaire devait être confirmé par le juge (*Ancien Denizart*, t. IV, v° *Tutelle*, n° 9).

170. — Les articles 399 et 400 seraient-ils encore applicables à la mère, dans le cas où elle serait redevenue veuve par la mort de son nouvel époux?

On a enseigné la négative, par ce motif que l'influence du second mari, contre laquelle la loi a pris des précautions, n'existait plus alors.

Mais faudrait-il que le nouveau mari fût déjà décédé à la date de l'acte par lequel la mère a nommé le tuteur, ou suffirait-il qu'il fût décédé à l'époque de la mort de la mère?

M. Taulier semble exiger la première condition, en disant que dans le cas de l'article 400, la confirmation par le conseil de famille serait inutile, si, *à l'époque où la mère a usé de son droit*, son second mari ne vivait plus (t. I, p. 22).

Je serais aussi de ce sentiment (arg. de l'article 366) si je pensais que la mort du second mari changeât, à cet égard, le droit de la mère.

Mais je pense, au contraire, que les articles 399 et

400 n'en continuent pas moins d'être applicables, lors même qu'elle n'aurait pas d'enfant de son dernier mariage. Le texte me paraît absolu; et il est toujours vrai de dire que la mère, par ce convol, a contracté de nouveaux liens, de nouvelles relations de famille, qui ont altéré dans son cœur, et affaibli dès lors, aux yeux de la loi, les garanties de sa tendresse envers ses enfants du premier lit (*voy.* notre t. VI, n[os] 322, 324, 347; Duranton, t. III, n° 436).

171. — MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing enseignent que si la mère, après avoir refusé la tutelle, contracte ensuite un second mariage, elle ne perd pas, par ce seul fait, le droit de choisir un tuteur testamentaire.

« Si la mère (disent les savants auteurs) peut être dépouillée de ce droit lorsqu'elle se remarie, ce n'est pas directement par suite du mariage; c'est en raison de la faute qu'elle a commise en ne requérant pas la convocation du conseil de famille, ou à raison de l'appréciation que fait le conseil dûment convoqué, en refusant de lui conserver les fonctions de tutrice. Lorsque c'est elle, au contraire, qui n'a pas voulu accepter ces fonctions, le conseil n'a point à s'occuper du nouveau mariage qu'elle contracte; elle ne contrevient, dans ce cas, à aucune disposition de la loi; on ne peut donc prononcer contre elle aucune déchéance. » (T. I, n° 598.)

Cette observation me paraît aussi exacte; et je crois que la conclusion, qu'on en déduit, pourrait être adoptée, si la mère, lorsqu'elle n'exerce pas la tutelle, pouvait nommer un tuteur par testament. Mais nous venons d'établir qu'au contraire ce droit ne lui appartient pas (*supra*, n° 163); et dès lors la différence, quoique rationnelle en soi, que l'on fait entre le cas où la mère a perdu la tutelle pour n'avoir pas convo-

qué le conseil de famille avant de se remarier, et le cas où elle ne s'est remariée qu'après avoir refusé la tutelle, cette différence est, pour nous, de peu d'intérêt.

172. — On a remarqué que la mère remariée peut, suivant le droit commun, nommer un tuteur par testament aux enfants de son nouveau mariage.

La proposition est parfaitement certaine (arg. des articles 397 et 399).

173. — Le dernier mourant peut choisir pour tuteur un parent, ou un étranger (non parent), la personne enfin, quelle qu'elle soit, qu'il juge la plus digne de sa confiance (art. 397).

Mais cette personne n'est tenue d'accepter la tutelle testamentaire que dans le cas où elle aurait été tenue d'accepter la tutelle dative, si elle lui avait été déférée par le conseil de famille.

Le choix, la désignation du dernier mourant des père et mère n'a rien, sous ce rapport, de spécialement obligatoire (art. 401).

174. — Si la personne nommée par le dernier mourant des père et mère n'accepte pas la tutelle, son devoir est d'en instruire immédiatement le juge de paix, afin que le conseil de famille, convoqué, apprécie son refus ou son excuse.

M. Magnin enseigne que *s'il existe un ascendant, elle peut lui faire notifier légalement son refus, sans convocation du conseil de famille* (t. I, p. 472).

Cette solution suppose qu'il y aurait lieu, dans ce cas, à la tutelle légitime des ascendants; ce que je ne crois pas exact (*infra*, n° 179).

175. — Il paraît difficile d'imposer à la personne nommée par le dernier mourant l'obligation de gérer la tutelle en attendant qu'elle soit pourvue d'un tuteur; car on ne voit pas où serait ici le principe de cette obligation (comp. art. 394, 419).

On peut dire pourtant que cette personne a été légalement nommée tutrice par le dernier mourant, auquel la loi avait conféré ce pouvoir, et qu'elle est en effet tutrice, tant qu'elle ne s'est pas fait excuser.

Il faudrait, au reste, qu'elle eût, par un retard et une négligence condamnables, donné lieu à un principe de responsabilité personnelle (art. 1382).

§ III.

De la tutelle légitime des ascendants.

SOMMAIRE.

176. — Origine de la tutelle légitime des ascendants.
177. — Suite. — Observation.
178. — Dans quels cas y a-t-il lieu à la tutelle légitime des ascendants? 1° *Quid*, si le survivant des père et mère existe encore, mais a été excusé, exclu ou destitué?
179. — 2° *Quid*, si le dernier mourant a choisi un tuteur testamentaire à ses enfants?
180. — Suite.
181. — Suite.
182. — 3° *Quid*, si, au décès du dernier mourant des père et mère, il existe un tuteur datif en exercice?
183. — La tutelle légitime n'appartient qu'aux ascendants mâles.
184. — Dans quel ordre les ascendants sont-ils appelés à la tutelle?
185. — Suite.
186. — La tutelle légitime des ascendants est-elle transmise, par dévolution d'un degré à l'autre, si l'ascendant, qui y était d'abord appelé, n'y vient pas par quelque motif que ce soit? — La question peut s'élever à deux époques : A. Lors de l'ouverture de la tutelle.
187. — B. Pendant sa durée et son exercice.
188. — Les ascendants sont-ils tenus d'accepter la tutelle légitime?

176. — La tutelle légitime des ascendants nous vient des pays de droit écrit, qui l'avaient eux-mêmes empruntée à la tutelle des *agnats* du droit romain.

Elle n'était que très-peu connue dans les pays coutumiers, où la tutelle était le plus généralement dative.

Le Code Napoléon a pensé que l'affection toujours si grande des ascendants pour leurs petits-enfants, était une garantie suffisante pour qu'il leur confiât *de droit* la tutelle (art. 402).

177. — Cette tutelle n'est pas, comme autrefois, celle des *agnats*, attribuée aux ascendants, en leur qualité de futurs héritiers présomptifs du mineur, intéressés, à ce titre, à la bonne gestion de son patrimoine, et tenus des charges d'une parenté dont ils recueillent les bénéfices.

Ce n'est pas à ce point de vue que notre Code s'est en général placé pour la nomination du tuteur; et ici, en particulier, cela est certain, puisque si le mineur a des frères ou sœurs, ou descendants d'eux, les aïeuls et aïeules ne seraient pas appelés à sa succession (art. 746, 750, 752).

178. — On ne peut nier d'ailleurs que ce mode de nomination sans examen ni connaissance de cause, n'offre aussi des inconvénients ; et c'est un motif pour ne pas l'étendre au delà des termes de la loi.

Or, d'après les termes de la loi, aussi bien que d'après sa théorie générale, la tutelle légale des ascendants doit faire suite à la tutelle légale du *dernier mourant* des père et mère (art. 402).

De là je conclus qu'il n'y a pas lieu à la tutelle légitime des ascendants :

1° Si le survivant des père et mère existe encore;

Et cela, lors même qu'il n'aurait pas d'abord accepté la tutelle, ou qu'il en aurait été excusé ou destitué (comp. art. 394, 402, 405; Cass., 26 février 1807, Daidé, Sirey, 1807, I, 156; Bruxelles, 11 mars 1819, *J. du P.*, à sa date; Toulouse, 18 mai 1832, Belard, Dev., 1832, II, 470; Rouen, 18 déc. 1839, Ressent, Dev., 1840, I, 178; Paris, 24 juin 1856, Boulot, Dev., 1856, II, 527; *voy.* aussi *supra*, n° 108;

Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 371 ; Massé et Vergé, t. I, p. 413; Demante, t. II, n° 150 *bis*, I).

L'opinion contraire de Delvincourt ne me paraît pas devoir être admise (t. I, p. 104, note 2).

179. — 2° Si le dernier mourant a choisi un tuteur testamentaire à ses enfants.

Et cela, lors même que le tuteur élu serait excusé, exclu ou destitué ; car il est toujours vrai même alors qu'il a été *choisi*, qu'il a été *élu* (art. 402, 405); et cette espèce d'exclusion prononcée par le dernier mourant des père et mère, pouvant faire supposer quelque motif qui rend les ascendants impropres à la tutelle, suffit pour écarter leur vocation légale (*voy.* toutefois en sens contraire Augier, *Encyclop. des juges de paix*, t. V, p. 197).

180. — On pourrait même soutenir, contrairement à l'opinion de Marcadé (t. II, art. 402, n 2), qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les différentes causes qui peuvent rendre sans effet l'élection du tuteur testamentaire, et que le prédécès de la personne élue par le dernier mourant des père et mère, n'empêcherait pas que cette élection n'eût pour effet d'exclure la tutelle des ascendants, surtout si le dernier mourant n'en avait pas eu connaissance (arg. de l'article 1037 ; comp. aussi Demante, t. II, n° 150 *bis*, II; mais *voy.* en sens contraire, Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 413; Aubry et Rau, t. I, p. 372).

Dans tous ces cas, le conseil de famille, qu'il faut convoquer pour apprécier les causes d'incapacité, d'excuses, etc., du tuteur élu, nommerait en même temps un autre tuteur.

181. — Il en serait ainsi encore si le dernier mourant avait nommé un incapable, par exemple une femme.

182. — 3° Enfin, je pense qu'il n'y a pas lieu à la tutelle des ascendants, si au décès du dernier mourant

des père et mère, il existe un tuteur datif en exercice, qui aurait été nommé à la place du survivant, refusant, excusé ou destitué.

Car ce ne serait plus alors une tutelle légale qui succéderait à une autre tutelle légale; et on ne voit pas pourquoi on n'aurait pas appelé de suite l'ascendant, lorsque le survivant abandonnait la tutelle, plutôt que de nommer un tuteur datif, si celui-ci devait céder la place à l'ascendant, lorsque le survivant des père et mère viendra lui-même à mourir (art. 405).

183. — La tutelle légitime n'appartient qu'aux ascendants mâles (art. 402, 404); les ascendantes n'y sont point appelées; la mère seule est tutrice légale (art. 390); les autres ascendantes peuvent seulement être nommées par le conseil de famille (art. 442-3°).

184. — Parmi les ascendants mâles, la loi défère la tutelle en considération du degré d'abord et de la ligne ensuite.

L'ascendant le plus proche, à quelque degré d'ailleurs qu'il se trouve, est donc appelé sans distinction de ligne.

Mais, à égalité de degré, la préférence appartient à l'ascendant paternel sur l'ascendant maternel (art. 402).

185. — En cas d'égalité tout à la fois, de ligne et de degré, la loi distingue :

Si cette concurrence s'établit entre deux ascendants de la ligne paternelle, la communauté de nom, ce signe visible et principal de la parenté, fait passer de droit la tutelle à celui qui est l'aïeul paternel du père du mineur (art. 403).

Ce motif de préférence n'existant pas entre deux ascendants de la ligne maternelle, la loi charge le conseil de famille de choisir celui des deux qui lui paraît le plus propre aux fonctions de tuteur (art. 404).

186. — La tutelle est-elle transmise par dévolution

d'un degré à l'autre, si l'ascendant qui y était d'abord appelé, n'y vient pas, par quelque motif que ce soit?

La question peut s'élever à deux époques :

A. Lors de l'ouverture de la tutelle;

B. Pendant sa durée et son exercice.

A. La tutelle s'ouvre ; et, à ce moment, c'est l'aïeul paternel du mineur, qui s'y trouverait appelé par son degré et par sa ligne.

Mais il est incapable, ou il s'excuse, ou il est exclu. La tutelle passe-t-elle à l'aïeul maternel qui se trouve (nous le supposons) le plus proche après lui?

Nos articles se servent, à cet égard, d'une locution équivoque et ambiguë.

A défaut de l'un, ils appellent l'autre.

A défaut!.... On peut dire que ces expressions sont générales, et qu'elles comprennent non-seulement le cas de prédécès, mais aussi le cas de refus, d'excuse ou d'exclusion; qu'il en était ainsi dans celles des coutumes qui admettaient cette tutelle (Pothier, *des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. IV, art. 1); qu'enfin, d'après l'article 405, il n'y a lieu à la tutelle dative, qu'autant que le mineur est resté *sans ascendants mâles.*

Tel est, en effet, l'avis de M. Duranton, qui avait professé d'abord le sentiment contraire (t. III, n° 447; ajout. D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 706; Augier, *Encycl. des juges de paix*, t. V, v° *Tutelle*, p. 198).

Ce dernier sentiment serait toutefois le nôtre; l'article 405 lui-même nous paraît explicite :

« Lorsqu'un enfant mineur restera sans père ni « mère, ni tuteur élu par ses père et mère, ni ascen- « dants mâles, comme aussi *lorsque le tuteur de l'une « des qualités ci-dessus exprimées se trouvera dans le cas « des exclusions, dont il sera parlé ci-après ou valable- « ment excusé*, il sera pourvu, par un conseil de fa- « mille, à la nomination d'un tuteur. »

Et l'article 405 est, à cet égard, en harmonie avec l'article 394.

Remarquez enfin qu'il en était de même de la tutelle légitime des *agnats*, en droit romain (comp. L. 11, ff. *de Test. tut.*, L. 3 et 8, ff., *de Legitim. tut.*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 372; Marcadé, art. 402, n° 1).

187. — B. L'ascendant le plus proche est entré en exercice de la tutelle.

Mais voilà qu'ensuite il meurt, ou qu'il est excusé ou destitué.

Sera-t-il remplacé par l'ascendant qui vient après lui?

Oui, toujours, d'après les uns, qui ne paraissent pas distinguer le cas de décès de celui d'excuse ou de destitution (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 602).

Non, jamais, d'après les autres, qui pensent, sans aucune distinction non plus, que dans ce cas la dévolution légale s'est accomplie et définitivement épuisée (Duranton, t. III, n° 447; Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. I, p. 372, 373).

Je serais, en ce qui me concerne, porté à distinguer :

J'admettrais la dévolution d'un degré à l'autre, en cas de décès de l'ascendant qui exerçait la tutelle.

Je ne l'admettrais pas, en cas d'excuse ou de destitution de cet ascendant.

Cette distinction me paraît conforme à la pensée générale de la loi, telle que la manifestent les articles 394 et 405, qui admettent précisément *le décès* comme l'événement qui donne lieu à la succession graduelle des tutelles légales, mais qui au contraire considèrent que les excuses, exclusions ou destitutions du tuteur légal, interrompent et coupent en quelque sorte cette succession (Vinnius, *Inst. de capit. dim.*, § 7; Marcadé, t. I, art. 402, n° 1; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 414; Demante, t. II, n° 150 *bis*, V).

188. — Pothier a écrit que :

« La tutelle légitime des ascendants n'est point une charge nécessaire que la coutume (d'Orléans) impose aux personnes auxquelles elle la défère....; qu'au contraire elle leur permet de la répudier, si bon leur semble.... » (*Des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. III, art. 1.)

Et l'orateur du gouvernement, *dans l'exposé des motifs*, paraît reproduire aussi cette doctrine :

« L'excuse déduite du sexe, celle offerte par l'âge viendront à leur secours, *mais leur volonté seule réglera l'exercice et l'abandon de leur droit.* » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 236.)

Mais aucun article n'accorde aux ascendants, tuteurs légitimes, le privilége que l'article 394 confère seulement à la mère de refuser la tutelle sans excuse légale; et les paroles de M. Berlier, qui d'ailleurs ne renferment pas nécessairement cette proposition, seraient insuffisantes pour créer une telle exception (Ducaurroy, t. I, n° 602.)

§ IV.

De la tutelle dative.

SOMMAIRE.

189. — Qu'est-ce que la tutelle dative?
190. — Lorsque la nomination d'un tuteur datif n'a pas été faite en sa présence, elle doit lui être notifiée.
191. — Cette nomination n'est pas sujette à homologation.
192. — Dans quels cas y a-t-il lieu à la tutelle dative?
193. — Par quelles personnes doit être requise la convocation du conseil de famille, à l'effet de nommer un tuteur?
194. — Suite.
195. — Suite.
196. — Suite.

189. — La tutelle dative est celle qui est déférée non point, comme autrefois, par le juge, d'après un

avis de parents, mais directement par les parents eux-mêmes, c'est-à-dire par le conseil de famille (art. 405; comp. Cass., 27 nov. 1816, Sirey, 1817, I, 33).

190. — D'après l'article 882 du Code de procédure, lorsque la nomination du tuteur n'a pas été faite en sa présence, elle doit lui être notifiée à la diligence du membre de l'assemblée, qui a été désigné par elle.

Cette notification doit être faite dans les trois jours de la délibération, outre un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où s'est tenue l'assemblée et le domicile du tuteur.

191. — Cette nomination n'est point d'ailleurs sujette à homologation; et nous verrons même que c'est un point controversé que celui de savoir si elle peut être l'objet d'une attaque devant le tribunal (*infra*, n° 335).

192. — Il résulte des termes formels de l'article 405, qu'il y a lieu à cette tutelle, non-seulement lorsque le mineur reste sans père ni mère, ni tuteur élu par les père et mère, ni ascendants mâles, mais aussi lorsque le tuteur de l'une de ces qualités se trouve excusé, exclu ou *destitué*.

Nous ajoutons cette dernière proposition, qui n'est pas dans l'article 405, mais qui nous est maintenant acquise par tous les développements qui précèdent (art. 448).

Ainsi, lorsque le survivant des père et mère refuse, ou bien est exclu, excusé ou destitué, ce n'est ni la tutelle testamentaire, ni la tutelle des ascendants qui s'ouvre, mais bien la tutelle dative.

De même, si le tuteur testamentaire, par une cause quelconque, ne gère pas la tutelle, la tutelle des ascendants est écartée par la tutelle dative.

Et nous avons vu enfin qu'il en est encore ainsi, lorsque l'ascendant le plus proche est excusé, exclu

ou destitué; la tutelle n'est pas alors dévolue de plein droit à l'ascendant du degré le plus proche après lui; elle devient au contraire dative (nos 178-182).

193. — La convocation du conseil de famille, à l'effet de nommer un tuteur, doit ou peut être requise, suivant les cas, par différentes personnes.

Il en est d'abord quelques-unes, qui sont tenues de cette obligation, sous leur responsabilité personnelle (comp. art. 394, 419, 424; *voy.* aussi *supra*, n° 174).

194. — Le juge de paix lui-même est tenu, en vertu des devoirs de sa charge, de faire *d'office* cette convocation (art. 406, 446).

195. — La convocation *peut* être requise :

Soit par les *parents du mineur ;* et la généralité de ce texte (art. 406), s'applique aux plus éloignés comme aux plus proches; même à ceux-là qui ne seraient point appelés à faire partie du conseil de famille;

Soit par ses alliés, quoique l'article ne le dise pas (mais *voy.* art. 407, 446, 479; Merlin, *Rép.*, t. XIV, v° *Tutelle*, sect. II, § 3, art. 3, n° 2);

Soit par les créanciers du mineur ou par toute autre partie pécuniairement intéressée, tels que le débiteur, qui voudrait se libérer, le locataire, le fermier, l'usufruitier d'un bien appartenant au mineur, l'associé de son auteur, le légataire, etc. (L. 2, § 3, ff. *Qui petant tutores*).

196. — Enfin l'article 406 autorise et semble même convier *toute personne* à dénoncer au juge de paix le fait qui donne lieu à la nomination d'un tuteur.

§ V.

La tutelle peut-elle être confiée à plusieurs personnes? Peut-elle être soumise à une modalité quelconque, à un terme, à une condition?

SOMMAIRE.

197. — A. Peut-il y avoir plusieurs tuteurs pour une même et seule tutelle? — De l'hypothèse régie par l'article 396.
198. — De l'hypothèse régie par l'article 417. — Origine de cette disposition.
199. — La nomination d'un protuteur, dans le cas de l'article 417, est-elle nécessaire ou seulement facultative?
200. — Suite.
201. — Suite. — Conclusion.
202. — L'article 417 est-il applicable à toutes les tutelles, sans distinction? — *Quid*, de la tutelle naturelle ou légale du survivant des père et mère? De la tutelle légitime des ascendants?
203. — *Quid*, de la tutelle testamentaire?
204. — Suite.
205. — *Quid*, si le survivant des père et mère a l'usufruit légal des biens de son enfant?
206. — Le tuteur et le protuteur doivent-ils être nommés par le même conseil de famille, ou par deux conseils différents?
207. — Le protuteur peut-il être nommé par le dernier mourant des père et mère, soit en même temps que le tuteur, soit même seul et séparément?
208. — Le tuteur et le protuteur administrent, chacun de son côté, les biens qui dépendent de sa gestion.
209. — *Quid*, à l'égard des meubles incorporels, des créances et actions personnelles quelconques?
210. — Le tuteur et le protuteur sont indépendants l'un de l'autre.
211. — Le protuteur est grevé de l'hypothèque légale établie par l'article 2121.
212. — On doit lui nommer aussi un subrogé tuteur.
213. — Faut-il aussi composer deux conseils de famille distincts et indépendants?
214. — Suite.
215. — Le protuteur peut être tenu de fournir des états de situation de sa gestion.
216. — Et aussi d'envoyer au tuteur les fonds que le conseil de famille juge nécessaire et convenable de lui faire remettre.
217. — L'article 417 est-il applicable à tous les biens d'*outre-mer*?
218. — *Quid*, si le mineur possède des biens en pays étranger?

197. — Deux questions nous restent à traiter, sur le mode de nomination des tuteurs :

A. Peut-il y avoir plusieurs tuteurs?

B. Peut-on nommer un tuteur pour un certain temps, ou à partir seulement d'un certain temps, ou sous une condition quelconque?

A. Et d'abord, peut-il y avoir plusieurs tuteurs?

Nous avons vu, dans l'article 396, deux tuteurs pour une seule tutelle, ou, ce qui est à peu près la même chose, une tutrice et un cotuteur.

198. — L'article 417 va nous en fournir un second exemple :

« Quand le mineur, domicilié en France, possédera
« des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'ad-
« ministration spéciale de ces biens sera donnée à un
« protuteur.

« En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépen-
« dants et non responsables l'un envers l'autre. »

Cette disposition se trouvait déjà, antérieurement au Code Napoléon, dans deux déclarations des 15 décembre 1721 et 1er février 1743, qui étaient même beaucoup plus développées et plus complètes que notre article.

199. — Il n'était pas douteux, par exemple, à cette époque, que la nomination du protuteur était impérativement ordonnée, excepté à l'égard du père et de la mère.

Mais c'est une question aujourd'hui de savoir si cette nomination est nécessaire ou seulement facultative.

Pour prétendre qu'elle est nécessaire, on peut dire que l'article 417 a pour but, comme les anciennes déclarations, d'empêcher :

« Que l'une ou l'autre partie du patrimoine du mineur fût négligée ou confiée par le tuteur à des mains peu sûres, qui abusent de son absence pour dissiper un bien dont il est fort difficile au tuteur de se faire rendre un compte exact. »

Aussi le Code Napoléon est-il conçu, de même encore que les déclarations, en termes impératifs :

« L'administration spéciale de ces biens *sera* donnée
« à un protuteur. »

Et cette formule est d'autant plus remarquable, qu'elle a été substituée à une autre rédaction, qui portait seulement d'abord que « le tuteur *pourra* requérir les parents ou amis du lieu où sont situés les biens d'outre-mer, de nommer un protuteur. » (Fenet, t. X, p. 555 ; Marcadé, t. II, art. 417, n° 1 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 617.)

Je n'entends pourtant pas l'article 417 d'une manière aussi absolue ; et selon moi, l'application n'en se-

rait nécessaire qu'autant qu'elle serait réclamée par ceux qui ont qualité à cet effet, c'est-à-dire : soit par le tuteur, soit par le subrogé tuteur ou le conseil de famille lui-même.

Je conviens que la nomination d'un protuteur est nécessaire, si le tuteur la demande ; la formule impérative de l'article 417 lui donne le droit de la demander ; et on peut dire en effet que cette disposition est aussi dans son intérêt. Le Code Napoléon, il est vrai, à la différence du droit romain (L. 21, § 2, ff. *De excusat. tutor.*; L. 2, Cod. h. t.) et de notre ancienne jurisprudence (Merlin, *Rép.*, t. XIV, vº *Tutelle,* section IV, § 2, an VIII), le Code Napoléon, disons-nous, n'admet pas, comme cause d'excuse, l'éloignement ou la trop grande dispersion des biens. L'article 454 permet seulement alors au tuteur de se faire aider par des administrateurs salariés. Mais l'article 417 fait précisément une exception en ce qui concerne les biens situés dans les colonies, pour la tutelle ouverte en France, et en ce qui concerne les biens situés en France pour la tutelle ouverte dans les colonies ; car le tuteur est très-fondé à dire dans ce cas, que la surveillance lui est alors impossible et qu'il ne peut être responsable des agents par lesquels les biens situés à une telle distance seraient administrés.

Je conviens aussi que le conseil de famille, sur la demande du subrogé tuteur, ou de l'un de ses membres, a le droit de nommer le protuteur, lors même que le tuteur ne le demanderait pas ou même tenterait de s'y opposer. Car l'article est fait, en même temps, dans le double intérêt soit du tuteur, soit du mineur.

200. — Mais est-il vrai que si personne ne réclame l'application de l'article 417 ; que si au contraire le tuteur consent à se charger de l'administration de tous les biens et si le conseil de famille croit qu'il est dans

l'intérêt du mineur lui-même de l'en charger à raison soit du peu d'importance des biens, soit des relations et des intérêts que le tuteur aurait lui-même dans les deux pays, est-il vrai qu'il faille toujours, malgré tout et quand même! nommer un protuteur?

Voilà ce que je n'admets pas.

De grands changements, de merveilleuses découvertes ont eu lieu depuis 1721 et 1743! Nos bateaux à vapeur franchissent aujourd'hui ces distances bien plus vite et bien plus souvent qu'on ne faisait autrefois. La nécessité d'un protuteur est donc aujourd'hui beaucoup moins impérieuse.

L'unité de l'administration a bien aussi certes ses avantages; et on conçoit que le conseil de famille ait le désir de la conserver.

Il se peut d'ailleurs que l'on ne trouve pas dans les colonies une personne qui convienne bien aux fonctions de protuteur; et si un mandataire salarié n'offre pas la garantie d'une hypothèque légale, du moins peut-il être révoqué *de plano* (art. 2003), sans qu'il soit nécessaire de prouver contre lui son incapacité ou son infidélité (art. 444).

Rien n'annonce enfin que le changement qui a été fait à la première rédaction de l'article 417, ait eu pour but de rendre toujours obligatoire la nomination du protuteur. Nous verrons au contraire que cette rédaction n'a été modifiée que par un tout autre motif et parce qu'elle déclarait que le protuteur serait nécessairement nommé dans le lieu de la situation des biens qu'il devait administrer.

201. — Je conclus donc que le tuteur pourrait être chargé de l'administration générale de tous les biens; et je n'admettrais pas les tiers, les débiteurs par exemple, domiciliés dans les colonies, à soutenir que le tuteur nommé en France et chargé de l'administration

des biens qui y sont situés, n'a pas qualité pour recevoir d'eux ce qu'ils doivent, et leur en donner décharge, ou pour les poursuivre en justice.

202. — L'article 417 étant ainsi expliqué, je l'appliquerai à toute tutelle sans distinction.

Y voyez-vous un avantage pour le tuteur, une cause d'excuse partielle ?

Vous ne devez pas plus en refuser l'application au survivant des père et mère, ni au tuteur testamentaire, ni à l'ascendant qu'au tuteur datif. Il est juste qu'ils ne soient pas responsables d'une gestion lointaine, qu'ils déclarent ne pouvoir pas surveiller (Duranton, t. III, n° 469).

Y voyez-vous une mesure dans l'intérêt du mineur ?

Vous ne devez admettre aucun tuteur à s'y soustraire; car aucun tuteur ne peut invoquer, en cette qualité, un droit personnel contre l'intérêt du mineur.

Il est vrai qu'autrefois les déclarations de 1721 et 1743 ne permettaient pas de diviser l'administration du père et de la mère ; et on a dit encore sous le Code Napoléon, qu'il serait contraire à la puissance paternelle de nommer au fils un administrateur indépendant du père (Taulier, t. I, n° 1123).

Mais remarquez qu'autrefois le père ou la mère n'avaient pas en général nécessairement la tutelle, et que le *juge* pouvait *ne pas juger à propos de la leur déférer* (art. 2 de la déclaration du 1er février 1743).

Chez nous, au contraire, le survivant étant de plein droit tuteur, il était sage d'autoriser le conseil de famille à lui appliquer la disposition de l'article 417, s'il croit que l'ascendant présume trop de ses forces, en voulant se charger de tout.

N'est-il pas raisonnable aussi que cette disposition puisse être appliquée à l'ascendant tuteur légitime, à l'aïeul ou bisaïeul peut-être, beaucoup moins en état,

le plus souvent, à raison de son âge, de suffire à tous les devoirs de la tutelle.

203. — Quant au tuteur testamentaire, un doute pourrait s'élever ; on pourrait dire que le dernier mourant, s'il n'a pas nommé de protuteur (*infra*, n° 207), a, par cela même, confié au tuteur élu par lui l'administration de tous les biens et que le conseil de famille ne peut pas dès lors la lui enlever (Marcadé, t. II, art. 417, n° 2).

Ce sera un motif, j'en conviens, pour ne pas nommer de protuteur, si on peut sans inconvénient s'en dispenser; mais je n'admets pas qu'on ne puisse pas en nommer un, si l'intérêt du mineur l'exige.

204. — Objectera-t-on enfin, au nom des tuteurs légitimes et testamentaires, que l'article 417 est placé dans la section de la tutelle dative, qui ne les concerne pas?

Qu'ils y prennent garde !

Car alors, ils ne pourraient pas non plus en invoquer le bénéfice ! Et puis d'ailleurs, est-ce que cette section ne contient pas d'autres articles applicables à toutes les tutelles, l'article 419 par exemple?

Vous tenez, dites-vous encore, vos pouvoirs de la loi elle-même ou du testament du dernier mourant; le conseil de famille ne peut pas les modifier.

Je réponds que la loi et le testament ne vous confèrent vos pouvoirs que sous la réserve de l'application possible de l'article 417, c'est-à-dire sous une réserve, que la loi fait elle-même au moment où elle vous confère vos pouvoirs, si l'article 417 vous est applicable; or, précisément nous soutenons qu'il vous est applicable; donc, vous tranchez la question par la question (Ducaurroy, t. I, n° 617; Taulier, t. I, p. 34).

205. — J'excepte toutefois le cas où le survivant

des père et mère aurait l'usufruit légal des biens de son enfant.

L'indépendance de l'administration d'un protuteur serait évidemment inconciliable avec son droit propre et personnel de jouissance (Ducaurroy, t. I, n° 617; Taulier, t. I, p. 34).

206. — L'article 417 ne dit pas que le tuteur et le protuteur seront nommés par le même conseil de famille.

D'après les déclarations des 15 décembre 1721 et 2 février 1743, le tuteur, chargé de l'administration des biens situés en France, était nommé « en France par les juges auxquels la connaissance en appartient, et ce de l'avis des parents et amis du mineur qui seront en France. »

Pareillement le tuteur, chargé de l'administration des biens des mineurs dans les colonies, était nommé « par les juges qui y sont établis, de l'avis des parents et amis qu'ils y auront.... »

Le même système avait d'abord été adopté dans les projets du Code Napoléon (comp. Fenet, t. II, p. 76, et t. X, p. 555).

Mais Tronchet proposa de décider que le protuteur, comme le tuteur, serait nommé par le conseil de famille du lieu où la tutelle serait ouverte, parce qu'il peut arriver qu'un mineur, résidant en France, n'ait point de parents dans les colonies où une partie de ses biens est située, et réciproquement.

Cette idée fut admise, avec cette modification toutefois que si le protuteur s'excusait, il serait alors pourvu, *sur les lieux*, à son remplacement (Fenet, t. X, p. 582).

Il est arrivé que la rédaction définitive a gardé ensuite un silence absolu sur le mode de nomination de ce protuteur.

Toullier n'en professe pas moins que la résolution arrêtée, dans les discussions préparatoires, doit être suivie, quoiqu'elle n'ait pas été formulée législativement (t. I, n° 1123).

M. Valette en conclut au contraire, « qu'on a jugé sans doute que tout devait dépendre des circonstances, et qu'il faudrait examiner, pour chaque cas particulier, si dans les colonies ou bien sur le territoire continental, où le mineur n'est pas domicilié, il se trouve des éléments suffisants pour la composition d'un conseil de famille. » (Sur Proudhon, t. II, p. 319; ajoutez Delvincourt, t. I, p. 110, note 5; Marchant, p. 178, n° 50.)

J'aimerais mieux dire, pour ma part, que c'est le même conseil de famille, à savoir : celui du domicile de la tutelle, qui nommera le tuteur et le protuteur.

La nomination du tuteur et du protuteur faite distinctement pour chacun, dans les lieux où il doit gérer, souffrirait beaucoup plus de difficulté aujourd'hui qu'autrefois; car autrefois cette nomination était faite par le juge, tandis qu'aujourd'hui elle émane du conseil de famille; et il serait souvent impossible de composer convenablement deux conseils de famille à la fois, dans chacun des lieux, dans les colonies, par exemple, où le mineur aurait des biens sans y avoir jamais été, ni lui ni ses auteurs, et sans y avoir absolument ni parents ni amis.

Je ne crois pas qu'il y ait lieu d'en organiser un de chaque côté, de telle sorte qu'il y ait à la fois deux conseils de famille distincts et indépendants (*infra*, n°s 213, 214; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 617; Marcadé, t. II, art. 417, n° 2; de Fréminville, t. I, n° 173; Magnin, t. I, n° 494).

207. — Je ne vois pas d'ailleurs d'obstacle à ce que

le protuteur soit nommé par le dernier mourant des père et mère (art. 397), soit en même temps que le tuteur, soit même seul et séparément.

Il est vrai que le dernier mourant ne peut pas nommer un subrogé tuteur (art. 420).

Mais il ne s'agit pas d'un subrogé tuteur; il s'agit d'un tuteur véritable; et je ne comprendrais pas pourquoi le dernier mourant, qui peut nommer le tuteur, ne pourrait pas nommer le protuteur.

Il n'y a pas d'objection sérieuse à tirer de la place que l'article 417 occupe dans la section de la tutelle dative; l'hypothèse du protuteur est exceptionnelle, et il n'est pas surprenant que la loi ne l'ait pas mentionnée dans les autres sections.

208. — Le tuteur et le protuteur administrent, chacun de son côté, les biens qui dépendent de leur gestion.

Pas de difficulté pour les immeubles et les meubles corporels.

209.— Mais que décider à l'égard des meubles incorporels, des créances, des rentes, des actions personnelles quelconques, *qui nullo continentur loco?*

Les déclarations de 1721 et de 1743 conféraient au tuteur, nommé dans les colonies, l'administration « des obligations, contrats de rentes et autres droits et actions à exercer sur des personnes domiciliées dans les colonies et sur les biens qui y sont situés; » et réciproquement au tuteur nommé en France, l'administration des créances à recouvrer contre les personnes domiciliées en France.

Telle doit être encore évidemment notre règle.

210.—Le tuteur et le protuteur sont indépendants l'un de l'autre; et il n'existe entre eux aucun lien de responsabilité.

Chacun doit donc, de son côté, et pour les biens qui

lui sont confiés, remplir les devoirs de la tutelle : faire inventaire, etc., etc.

211. — Point de doute, dès lors, que le protuteur ne soit grevé de l'hypothèque légale ; car il est tuteur (art. 2121).

Et c'est par suite de ce principe, qu'on a décidé très-justement que l'incapacité de recevoir prononcée par l'article 907 contre le tuteur, est applicable au protuteur (Cass., 27 nov. 1848, Aigoin, Dev., 1849, I, 12).

212. — Et je crois même, malgré le sentiment contraire de M. Magnin (t. I, n° 494), qu'il faut nommer pour lui un subrogé tuteur sur les lieux où il gère, soit en France, soit dans les colonies. Car le même motif qui rend nécessaire la nomination d'un protuteur, c'est-à-dire l'impossibilité de la surveillance d'une gestion si lointaine, rend par cela même aussi nécessaire la nomination d'un subrogé tuteur sur les lieux (Marcadé, t. II, art. 417 n° 1; Marchant, p. 223, n° 17).

On peut dire d'ailleurs, à certains égards, qu'il y a là deux tutelles distinctes plutôt qu'une seule tutelle partagée (*infra*, n° 356).

213. — Il ne faudrait pas toutefois exagérer cette dernière idée ; et je ne crois point par exemple, qu'il y ait lieu de nommer aussi deux conseils de famille distincts et indépendants.

Aucun texte d'abord ne suppose l'existence simultanée de deux conseils de famille ; au contraire l'article 417 appelant du nom de protuteur, celui des tuteurs qui gère les biens qui ne sont pas situés dans le lieu du domicile du mineur, semble indiquer ainsi que ce protuteur se rattache à l'organisation générale de la tutelle, qu'il n'est qu'une sorte de tuteur adjoint, pour certains biens. Et cette dénomination est d'autant plus notable que les anciennes déclarations ne l'avaient pas employée.

Enfin, s'il pouvait y avoir quelque avantage dans la présence d'un conseil de famille, à côté du protuteur, il y aurait certainement toujours beaucoup d'inconvénients dans ce doublement complet de tous les rouages de la tutelle. Vous auriez alors, de tous points, deux tutelles, absolument distinctes et sans aucun rapport entre elles; or, il est évident qu'il y aurait là absence totale d'unité dans l'administration, au grand détriment du mineur.

214. — C'est donc au conseil de famille du lieu du domicile du mineur, où la tutelle s'est ouverte, à conserver l'égale et commune surveillance de ces deux administrations indépendantes. C'est lui qui en est le centre et le point de ralliement.

215.— Et par exemple, il n'est pas douteux qu'il peut demander au protuteur aussi bien qu'au tuteur, des états de situation de sa gestion (art. 470).

216.— Comme aussi, il peut décider que le protuteur enverra au tuteur les fonds qui seront jugés nécessaires soit pour l'éducation du mineur, soit pour tout autre emploi, auquel il serait utile de les appliquer.

La déclaration de 1743 (art. 6) avait même une disposition formelle à cet égard.

217.—Le projet portait d'abord que si le mineur domicilié en France possède des biens dans les colonies, ou réciproquement, « l'administration *des biens d'outre-mer* sera donnée à un protuteur. » (Locré, *Législat. civ.*, t. VII, p. 201.)

La rédaction fut modifiée ; et à ces mots : « *des biens d'outre-mer*, » on substitua ceux-ci : « l'administration spéciale *de ces biens*. » (Art. 417.)

Si les biens des colonies en effet (a-t-on dit) sont des biens d'outre-mer, tous les biens d'outre-mer ne sont pas des biens des colonies, par exemple, ceux situés à Belle-Ile, en Corse, etc. (Locré, p. 220).

218. — Il n'est d'ailleurs, bien entendu, question, dans l'article 417, que des colonies *françaises.*

Le Code Napoléon ne parle point du cas où le mineur français et domicilié par conséquent en France, posséderait des biens en pays étranger.

Ce cas étant plus rare, le silence de la loi s'explique; mais si ce cas se présentait, surtout si les biens situés en pays étranger avaient de l'importance, comme si, par exemple, le père du mineur s'y était établi, il me paraît certain que l'article 417 pourrait être appliqué, tel que nous l'avons entendu, c'est-à-dire que l'application pourrait en être réclamée par le tuteur, ou faite d'office par le conseil de famille. L'analogie des situations est incontestable (Taulier, t. I, p. 34).

219. — M. Magnin a écrit que le conseil de famille pourrait choisir pour protuteur, chargé de régir les biens coloniaux, une personne domiciliée en France! (T. I, n° 494.)

L'auteur lui-même convient que c'est lui imposer *une responsabilité extrêmement onéreuse !*

Eh ! sans doute ; aussi voilà pourquoi la loi ne veut pas l'imposer *au tuteur*. La pensée essentielle de l'article 417 tout entier est donc que le protuteur devra habiter les lieux mêmes, où sont situés les biens dont la gestion lui sera confiée (Marchant, p. 179, n° 50).

220. — Revenons maintenant à notre question principale (*supra*, n° 197); elle consiste à savoir si, en dehors des cas prévus par les articles 396 et 417, il peut y avoir plusieurs tuteurs pour une seule et même tutelle.

En d'autres termes, si le dernier mourant des père et mère, ou le conseil de famille pourrait en nommer deux ou même un plus grand nombre?

Pour l'affirmative, on pourrait invoquer le droit

romain et notre ancienne jurisprudence, qui admettaient la pluralité des tuteurs (comp. Inst., § 7, *de capit. diminut.*; Meslé, *des Tutelles*, Ire part., chap VI, p. 96). Si le Code Napoléon ne l'autorise pas expressément, du moins ne la défend-il pas non plus ; et par conséquent, c'est pour le plus grand intérêt du mineur qu'il faut se décider, ici comme toujours, dans le silence de la loi. Or, il se peut que le dernier mourant des père et mère, ou le conseil de famille reconnaisse qu'en effet un seul tuteur ne suffirait pas à l'administration d'un patrimoine étendu, d'affaires compliquées ; ou bien encore qu'il ait été très-avisé en nommant un cultivateur pour les domaines ruraux, et un industriel pour l'exploitation d'une fabrique dépendant de la tutelle. Chaque partie du patrimoine sera mieux gérée sans aucun doute ; et le mineur finalement aura deux actions personnelles et deux hypothèques légales pour une ! (Comp. Paris, 24 pluviôse an XII, Sirey, IV, II, 119; Paris, 15 messidor an XII, Sirey, IV, II, 171; Duranton, t. III, n° 444.)

221. — Je crois néanmoins que l'unité de tuteur est, chez nous, la règle, et qu'il n'en doit pas être nommé plusieurs :

1° Il n'y a jamais (cela est incontestable) qu'un seul tuteur légitime ; et lorsque deux personnes se trouvent avoir des titres égaux, il faut nécessairement choisir entre elles (art. 390, 402 et 404). La pensée de la loi se révèle ainsi déjà, puisqu'elle ne veut jamais nommer elle-même qu'un seul tuteur.

2° Cette pensée se retrouve encore dans les textes qui confèrent le droit de nomination au dernier mourant des père et mère ou au conseil de famille.

Écoutez l'article 397 :

« Le droit individuel de choisir *un* tuteur........ ap-
« partient au dernier mourant des père et mère. »

Et l'article 405 :

« .... Il sera pourvu, par un conseil de famille, « à la nomination d'*un* tuteur. »

Aussi, d'un bout à l'autre de notre titre, est-il toujours question *du* tuteur, c'est-à-dire d'un seul et unique tuteur.

Voilà les textes !

3° Les travaux préparatoires prouvent que telle est bien leur signification.

Les auteurs du Code Napoléon n'ont pas manque, bien entendu, de se préoccuper aussi du cas où il y aurait, dans une tutelle, *des exploitations à faire, des manufactures considérables à régir au profit du mineur* et où le tuteur n'aurait pas *soit le temps, soit les connaissances nécessaires pour s'en charger lui-même;* et ils y ont pourvu d'abord par l'article 417, que nous venons d'examiner, et qui est relatif aux biens coloniaux ; et ensuite par l'article 454, d'après lequel le conseil de famille peut autoriser le tuteur à s'aider d'administrateurs salariés et gérant sous sa responsabilité.

Et M. Locré nous apprend :

« Qu'en exprimant son vœu sur ce point, la section (de législation du Tribunat) pensait que les autres dispositions de la loi feront assez connaître que le mineur ne peut avoir qu'un seul tuteur dans les départements continentaux de la France. » (*Législ. civ.*, t. VII, p. 220.)

4° En principe d'ailleurs et en raison, le Code Napoléon a bien fait d'exiger, dans la tutelle, l'unité d'administration ; car le tuteur, c'est, comme nous l'avons dit, le pouvoir exécutif de la tutelle ; or, il ne faut pas que ce pouvoir soit divisé.

5° Si le Code Napoléon avait admis la pluralité de tuteurs, il n'aurait pas manqué sans doute de déter-

miner les règles de leur commune administration. Voilà bien ce qu'avaient fait le droit romain et notre ancienne jurisprudence (Inst., *de Satisdatione tut.;* Meslé, *des Tutelles,* loc. supr. cit.). Voilà ce que le Code Napoléon lui-même a fait, pour les exécuteurs testamentaires ; en même temps qu'il autorisait le testateur à en nommer plusieurs (art. 1025), il réglait, entre eux, le mode d'administration et la responsabilité (art. 1033 ; ajout. art. 1995). Rien de pareil dans notre titre ; et son silence, à cet égard, laisse les partisans de la pluralité des tuteurs en présence de difficultés ou plutôt d'impossibilités inextricables.

Ces tuteurs administreraient-ils tous ensemble ?

Mais souvent ils ne pourraient pas s'entendre et se mettre d'accord ; vous n'en finiriez pas ; et l'intérêt du mineur serait alors évidemment compromis.

L'un d'eux gérerait-il au nom des autres ?

Mais vous ne pourriez pas forcer les autres à accepter une tutelle qui les rendrait responsables des faits d'autrui, lors même que le tuteur gérant leur offrirait une caution, comme en droit romain ; caution, d'ailleurs, que vous n'auriez le droit d'exiger d'aucun d'eux pour la sûreté des autres.

Chacun d'eux aurait-il la part d'attributions qui lui serait faite par le testament du dernier mourant des père et mère ou par le conseil de famille ?

Mais vous n'auriez plus d'ensemble ; et si ces tuteurs n'étaient pas responsables les uns des autres, vous auriez alors vraiment autant de tutelles que de tuteurs ! Or, c'est là un inconvénient des plus graves, qu'il faut surtout éviter, *ne per multos tutela spargatur,* comme disait Ulpien (L. 3, § 6, ff. *de Administ. et peric. tutor.*)

6° Et puis, où serait donc le domicile du mineur, si ces tuteurs étaient domiciliés dans des endroits

différents? (Art. 108.) Notre ancien droit avait eu ces doutes et ces embarras (*Ancien Denizart*, t. IV, v° *Tutelle*, n° 34.)

7° Ajoutez enfin que les immeubles du tuteur sont grevés d'une hypothèque générale (art. 2121) et qu'il importe à l'État de ne point multiplier inutilement ces hypothèques, qui sont autant d'obstacles au crédit et à la libre circulation des biens.

222. — Cette démonstration me paraît suffisamment établir qu'il ne doit y avoir, chez nous, qu'un seul tuteur; et les motifs, qui précèdent, s'appliquant à la tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère aussi bien qu'à celle déférée par le conseil de famille, je n'admettrais pas la distinction que quelques-uns ont voulu faire, sous ce rapport, entre l'un et l'autre (comp. Merlin, *Rép.*, t. XIV, v° *Tutelle*, sect. II, art. 4, n° 2; Delvincourt, t. I, p. 105, note 1; Toullier, t, II, n° 1123; Demante, *Programme*, t. I, n° 406; D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle*, p. 705, n° 5; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 331; Massé et Vergé, t. I, p. 386; Taulier, t. I, p. 21; Allemand, t. II, n° 1217; Chardon, t. III, n° 33).

223. — Telle est ma conclusion.

Est-ce à dire, après cela, que si plusieurs tuteurs avaient été nommés en fait, soit par le dernier mourant des père et mère, soit par le conseil de famille, et s'ils avaient consenti à s'entendre pour que l'un d'eux gérât, sous la responsabilité des autres (arg. des articles 396, 1033), est-ce à dire que je pense que la tutelle ne pourrait pas du tout fonctionner ainsi?

Je n'irais pas moi-même jusque-là; et je n'admettrais point les tiers, par exemple, à contester l'organisation de cette tutelle, que le conseil de famille aurait considérée comme utile au mineur, si cette organisation leur offrait d'ailleurs à eux-mêmes toutes les sûretés

désirables et s'ils n'avaient pas dès lors d'intérêt personnel à la contester.

Mais il n'en serait pas moins vrai que cette pluralité de tuteurs ne serait pas normale, et que si une telle organisation s'établissait et durait, c'est que personne ne se trouverait là, ayant intérêt et qualité pour la faire tomber et la ramener à la règle.

224. — J'appliquerais les mêmes principes au cas où il aurait été nommé deux tuteurs :

L'un, pour la garde et l'éducation de la personne du mineur ;

L'autre, pour l'administration de ses biens.

La loi confie ce double soin *au tuteur* (art. 450, 468), c'est-à-dire, à un même et seul tuteur. Régulièrement donc, la division entre deux tuteurs de ces attributions de la tutelle, n'est pas non plus normale.

Toutefois, je conviens que cette dernière hypothèse ne soulève pas les mêmes objections, que j'adressais tout à l'heure à celle qui divisait entre plusieurs tuteurs la gestion du patrimoine ; elle ne présente pas en effet les mêmes inconvénients ; et au contraire il se pourrait qu'il y eût beaucoup d'avantages à confier l'éducation du mineur à l'un, et l'administration des biens à l'autre.

D'où je conclus que si, en effet, deux tuteurs avaient été ainsi nommés, soit par le dernier mourant des père et mère, soit même par le conseil de famille, et que l'un et l'autre acceptât la part d'attributions qui lui serait faite, cette organisation de la tutelle, quoique n'étant pas absolument normale, pourrait être maintenue, parce que personne n'aurait intérêt à réclamer contre une mesure, qui serait considérée, en fait, comme utile au mineur.

225. — Et même il ne serait pas impossible que si l'un des tuteurs réclamait; que si, par exemple, le

tuteur nommé pour l'administration des biens, prétendait que la garde et l'éducation de la personne du mineur doivent aussi lui appartenir, il ne serait pas, disons-nous, impossible que sa réclamation fût rejetée par le conseil de famille et par les magistrats.

Ce cas sans doute est plus difficile; mais finalement, si le tuteur qui réclame, n'avait pas d'intérêt, si la nomination d'un tuteur spécialement chargé du soin de la personne du mineur, n'avait rien d'offensant pour lui et se justifiait par des considérations sérieuses et légitimes, on ne voit pas pourquoi l'intérêt personnel du mineur serait sacrifié à une réclamation sans motif et sans but.

Nous avons vu, en traitant de la puissance paternelle, que les magistrats ont un pouvoir réglementaire en ce qui concerne la garde et l'éducation de l'enfant (t. VI, nos 369 et suiv.). Ne peut-on pas invoquer ici le même principe, *a fortiori*, pour rejeter les réclamations du tuteur? Gardons-nous, en ce sujet, de règles trop inflexibles et trop absolues (comp. Paris, Tribunal civil, 24 pluviôse, Lair Duvoncelle; et Cour d'appel, 15 messidor an XII, mêmes parties, Sirey, 1804, II, 119 et 171; Cass., 8 août 1815, de Nourry, Sirey, 1815, I, 321; Toulouse, 8 mai 1840, Lemonnier, Dev., 1840, II, 313; Delvincourt, t. I, p. 105, note 1; Duranton, t. III, n° 444; Zachariæ, t. I, p. 185).

226. — B. Le tuteur peut-il être nommé pour n'exercer la tutelle que jusqu'à une certaine époque, ou à partir d'un certain délai; ou enfin sous une condition, soit suspensive, soit résolutoire?

Les auteurs répondent généralement :

Oui, pour le tuteur nommé par le dernier mourant des père et mère;

Non, pour le tuteur nommé par le conseil de famille (Toullier, t. II, n° 1105; Duranton, t. III, n° 439;

Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 331 ; ajout : D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle*, p. 705, n° 4; Chardon, *Puiss. tutél.*, t. III, n°s 31, 32).

Le droit romain et notre ancien droit français admettaient cette distinction (L. 8, § 1 et 2, ff. *de Test. tut.*, et § 3, Inst., *Qui test. tut. dari poss.*; L. 7, ff. *de Regulis juris*; Meslé, *des Tutelles*, Ire part., p. 312).

227. — Tel est, à peu près, l'unique motif de la distinction que l'on enseigne aujourd'hui.

Ce motif est-il suffisant?

Il me paraît permis d'en douter.

La règle est que le tuteur doit être nommé purement et simplement, pour gérer la tutelle, immédiatement après sa nomination, jusqu'à la majorité ou l'émancipation du mineur.

Si cette proposition n'est pas formulée dans notre Code par un texte, elle résulte de l'ensemble de toutes ses dispositions (arg. des articles 438, 440). Il importe en effet de ne pas multiplier les changements de tuteur, qui sont toujours préjudiciables et dispendieux pour le mineur.

On en convient, en ce qui concerne le tuteur nommé par le conseil de famille.

Mais alors, je demande pourquoi le dernier mourant des père et mère aurait, sous ce rapport, plus de droit?

On a bien pu, en droit romain, expliquer cette différence, en disant que la *datio tutoris* par le magistrat était un *actus legitimus*, qui n'admettait ni terme ni condition.

Mais cette raison-là, bien entendu, ne serait, chez nous, pas même intelligible!

Expliquera-t-on cette différence, en disant, avec Meslé, que « le juge doit s'enquérir qui est le plus capable, et doit donner le tuteur de la manière la plus parfaite. » (*Loc. supra.*)

Mais n'est-ce pas là aussi surtout le devoir du dernier mourant des père et mère? Le Code Napoléon, qui lui permet de choisir un tuteur, ne lui impose-t-il pas, à cet égard, si favorable que soit ce mode de nomination, les mêmes règles qu'au conseil de famille?

228. — Voilà, par exemple, que le tuteur, élu par le dernier mourant des père et mère, est interdit à l'époque de l'ouverture de la tutelle testamentaire.

Ferez-vous comme le droit romain et notre ancien droit français? (L. 3, § 3, ff. *de Test. tut.;* Meslé, *loc. supra.*)

Attendrez-vous sa guérison?

Non sans doute; vous le déclarerez incapable (art. 442).

Donc, les anciens principes ne subsistent plus sur ce point.

229. — Supposez encore que le dernier mourant des père et mère a substitué un second tuteur à celui qu'il a élu en premier ordre, pour le cas où celui-ci viendrait à mourir avant la fin de la tutelle.

Faudra-t-il donc admettre nécessairement ce tuteur, si la condition vient à se réaliser plus tard, à quelque époque que ce soit?

Ne peut-il pas être survenu, depuis le décès du père ou de la mère, des circonstances, qui, sans créer précisément des causes d'incapacité ou d'exclusion, rendraient ce choix infiniment regrettable; et la loi, en permettant au dernier mourant des père et mère de choisir le tuteur, qui devra, au moment de sa mort, entrer en fonctions, c'est-à-dire un tuteur qu'il peut, jusqu'à ce dernier moment, apprécier, la loi lui permet-elle d'engager l'avenir, même pour un temps où il ne sera plus là pour apprécier des circonstances nouvelles, des changements imprévus, qui certai-

nement lui auraient fait à lui-même révoquer son choix?

230. — Nous pensons donc que, régulièrement, la nomination d'un tuteur ainsi faite, à terme ou sous condition :

1° Ne confère pas à la personne ainsi nommée, un droit à la tutelle, et que le conseil de famille pourrait y pourvoir par la nomination d'un tuteur datif;

2° Que le tiers, nommé par le conseil de famille, ne pourrait pas soutenir qu'il n'est pas tenu d'accepter, parce qu'il y aurait un tuteur élu par le dernier mourant des père et mère ;

3° Enfin que le conseil de famille pourrait n'admettre l'individu ainsi nommé, à l'exercice de la tutelle, qu'autant qu'il renoncerait à se prévaloir des modalités, terme ou condition, qui auraient été mis à sa nomination; de telle sorte qu'il serait, à vrai dire, tuteur datif plus encore que tuteur testamentaire.

Voilà, dis-je, ce qui serait, selon moi, régulier et normal.

Mais, en même temps, j'ajoute encore que, si personne n'a réclamé, si le conseil de famille et le tuteur élu se sont conformés aux clauses de la nomination, je n'irais pas jusqu'à prétendre que la tutelle n'aura pas pu valablement fonctionner (*supra*, n° 223; comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 386).

SECTION II.

DU CONSEIL DE FAMILLE.

SOMMAIRE.

231. — Le conseil de famille n'est pas seulement chargé de nommer le tuteur; il a encore beaucoup d'autres attributions.

232. — La plupart des règles posées dans la section IV du chapitre II de ce titre du Code Napoléon, sont applicables, dans tous les cas

231. — Le Code Napoléon a réglé tout ce qui concerne l'organisation du conseil de famille, dans la section IV du chapitre II, intitulée : *de la Tutelle déférée par le conseil de famille.*

Mais le conseil de famille n'est pas seulement chargé de nommer, dans certains cas, le tuteur;

Il nomme toujours le subrogé tuteur (art. 420);

Il prononce l'exclusion ou la destitution du tuteur ou du subrogé tuteur;

Il forme enfin, pendant toute la minorité, une sorte de tribunal privé ou domestique, auquel doivent être soumises les affaires les plus importantes, qui concernent la personne ou les biens du mineur (*voy.* Argou, *Institution ou droit français,* t. I, p. 48).

232. — Aussi n'est-il pas douteux que la plupart des règles posées dans la section IV, précitée, sont applicables dans tous les cas où il y a lieu, pour quelque cause que ce soit, de réunir un conseil de famille; la raison est absolument la même; et s'il n'en était pas ainsi, le Code Napoléon offrirait, à cet égard, une lacune inexplicable.

Il y a bien, dans la section II, quelques dispositions uniquement relatives au cas où le conseil de famille doit être réuni pour la nomination d'un tuteur (art. 405, 406).

Mais en général, tous les autres articles, relatifs à la composition du conseil, au mode de convocation, etc., sont évidemment des dispositions générales.

233. — Le Code de procédure (II[e] part., liv. IV, tit. X) a complété d'ailleurs, sous ce rapport, le Code

Napoléon, en y ajoutant plusieurs dispositions importantes.

234. — C'est donc d'après la section IV du chapitre II de notre titre, et les articles 883, 889 du Code de procédure, que nous avons à examiner, en ce qui concerne le conseil de famille, les trois questions suivantes :

1° En quel lieu doit-il être formé, et quelles personnes en font partie ?

2° Par qui et comment doit-il être convoqué? Quelles sont les règles relatives au lieu et à la tenue de ses séances, et au mode de ses délibérations?

3° Quel est le caractère, quels sont les effets de ses délibérations? — Peuvent-elles être attaquées? — Dans quels cas ? — Par qui? — comment? — et pendant combien de temps?

§ I.

En quel lieu doit être formé le conseil de famille? Et quelles personnes en font partie?

SOMMAIRE.

235. — La question de savoir en quel lieu doit être formé le conseil de famille, et quelles personnes en font partie, ne forme, à vrai dire, qu'une seule question. — Pourquoi ?

236. — Position de cette question, qui se divise en deux branches.

237. — 1° Quel est, au moment de l'ouverture primitive de la tutelle, le lieu où le conseil de famille doit être formé? — C'est en principe, au lieu de l'ouverture de la tutelle; et la tutelle s'ouvre au lieu du domicile du mineur. Lors donc que la tutelle s'ouvre par le prédécès de la mère, le lieu de l'ouverture de la tutelle est au lieu du domicile du père, qui est lui-même le lieu du domicile de son enfant mineur.

238. — *Quid*, en cas de prédécès du père, lorsque c'est la mère survivante qui est tutrice?

239. — *Quid*, dans la même hypothèse, si les époux étaient séparés de corps, et si la femme survivante avait un domicile distinct du domicile de son mari ?

240. — Conclusion sur cette première branche de la question.

241. — 2° Le domicile primitif de la tutelle peut-il être déplacé, pon-

dant le cours de la minorité, soit par des événements indépendants du tuteur, soit par son fait?

242. — A. *Quid*, si c'est un tuteur nouveau qui succède au tuteur en exercice? — On a distingué entre le tuteur testamentaire et l'ascendant tuteur légitime, d'une part, et le tuteur datif d'autre part.

243. — Cette distinction est-elle juridique?

244. — B. *Quid*, si le tuteur, pendant l'exercice de la tutelle, change lui-même de domicile? — Exposition des difficultés de la question. — Quatre opinions sont en présence.

245. — Première opinion : Tout tuteur, quel qu'il soit, légitime, testamentaire ou datif, peut, en changeant de domicile, changer ainsi le domicile de la tutelle.

246. — Deuxième opinion : Il faut distinguer entre le survivant des père et mère et les ascendants, tuteurs légitimes d'une part et les tuteurs testamentaires ou datifs d'autre part.

247. — Troisième opinion : Il faut distinguer seulement entre les tuteurs datifs d'une part et les tuteurs légitimes ou testamentaires d'autre part.

248. — Quatrième opinion : Aucun tuteur, quel qu'il soit, datif, testamentaire ou légitime, fût-il même le survivant des père et mère, ne peut déplacer le domicile primitif de la tutelle.

249. — Suite.

250. — Lorsque la tutelle est organisée et qu'il s'agit seulement, pour le tuteur, d'obtenir une autorisation quelconque du conseil de famille, n'est-ce pas au lieu du domicile personnel et actuel du tuteur que le conseil de famille doit être formé?

251. — Suite.

251 *bis*. — *Quid*, s'il arrive que des conseils de famille, formés dans des lieux différents, nomment respectivement un tuteur au même mineur?

252. — Le conseil de famille est composé : 1° du juge de paix du lieu où la tutelle s'est ouverte; 2° de six parents ou alliés du mineur, pris moitié du côté paternel, moitié du côté maternel.

253. — Ce ne sont pas les parents ou alliés les plus proches d'une manière absolue, mais les plus proches dans le rayon de deux myriamètres du lieu où la tutelle s'est ouverte.

254. — Dans quel ordre les parents ou alliés doivent-ils être appelés?

255. — L'alliance subsiste-t-elle, malgré le décès, sans enfants, de l'époux, qui la produisait?

256. — Ces règles générales sur la composition du conseil de famille sont susceptibles de recevoir quatre exceptions ou modifications.

257. — 1° Les frères germains et les maris des sœurs germaines sont exceptés de la limitation du nombre de six.

258. — 2° La même exception s'applique aux veuves d'ascendants et aux ascendants valablement excusés.

259. — Que doit-on entendre par ces mots : *veuves d'ascendants?*

260. — Suite.
261. — Pourquoi ces mots de l'article 408 : les ascendants *valablement excusés?*
262. — Une opinion très-accréditée enseigne que les ascendantes veuves et les ascendants valablement excusés ne font point partie du conseil de famille, qu'ils n'y sont appelés que par déférence et seulement comme membres honoraires.
263. — Réfutation de cette opinion.
264. — Conclusion. — Conséquences.
265. — Pour les frères germains comme pour les ascendants, l'article 408 ne déroge qu'à la règle de la limitation du nombre légal, et non pas à la règle posée par l'article 407 sur la circonscription territoriale de deux myriamètres.
266. — 3° Du cas où il n'y a point sur les lieux ou dans la distance légale, des parents ou alliés en nombre suffisant pour composer le conseil de famille.
267. — Suite.
268. — Suite.
269. — Que décider, en ce qui concerne les parents, qui appartiennent aux deux lignes?
270. — Les *voisins* peuvent-ils être appelés au conseil de famille?
271. — 4° Lors même qu'il y aurait, dans la commune ou dans la circonscription légale, un nombre suffisant de parents ou d'alliés, le juge de paix peut en appeler d'autres, à quelque distance qu'ils soient domiciliés. — Sous quelle condition?
272. — Suite.
273. — Suite.
274. — Si les parents plus proches, qui demeurent en dehors de la distance légale, offraient de venir à leurs frais, le juge de paix devrait-il nécessairement les admettre?
275. — C'est le juge de paix qui dresse la liste des membres du conseil de famille.
276. — *Quid*, si l'un des membres convoqués soutient que la composition du conseil de famille faite par le juge de paix est irrégulière?
277. — Les parents ou alliés du mineur, *résidant même passagèrement* dans la circonscription légale, doivent-ils être appelés au conseil de famille?
278. — Le conseil de famille constitue-t-il un corps permanent, ou au contraire doit-il être recomposé de la manière prescrite par la loi, toutes les fois qu'il est nécessaire de le convoquer?

255. — Je réunis ces deux questions, parce qu'elles se tiennent, à ce point qu'elles n'en font, à vrai dire, qu'une seule.

Le conseil de famille est, en effet, composé :

1° Du juge de paix du canton, dans lequel il doit être formé ;

2° De six parents ou alliés du mineur, non pas les plus proches d'une manière absolue, et si loin qu'ils puissent demeurer, mais les plus proches parmi ceux qui se trouvent soit dans le lieu où le conseil doit être formé, soit dans un rayon de deux myriamètres.

Le moyen donc de savoir :

1° Quel est le juge de paix compétent ;

2° Quelles sont les personnes, qui doivent composer le conseil de famille ;

C'est, avant tout, de déterminer le lieu où le conseil doit être formé.

236. — Or, précisément, cette détermination a été l'objet de vives controverses (*voy.* notre t. I, n° 360) ; et elle soulève une question, que l'on peut diviser en deux branches :

1° Quel est, au moment de l'ouverture primitive de la tutelle, le lieu où le conseil de famille doit être formé ?

2° Ce lieu, une fois déterminé, peut-il être ensuite changé ? Et le siége du conseil de famille peut-il être déplacé pendant le cours de la tutelle ?

237. — 1° Je demande d'abord dans quel lieu, au moment de l'ouverture de la tutelle, le conseil de famille doit être formé.

Aux termes de l'article 406, c'est le juge de paix *du domicile du mineur*, qui est compétent à l'effet de convoquer un conseil de famille pour nommer le tuteur ;

Or, aux termes de l'article 108, le mineur non émancipé a son domicile chez son père durant le mariage ;

Donc, le domicile du mineur, au moment où la tutelle légale s'ouvre, par la mort de l'un des époux

(art. 390), est au domicile même de son père. Donc, c'est au lieu de ce domicile que la tutelle s'ouvre, et que le conseil de famille doit être formé (art. 407).

Ce syllogisme nous paraît en règle ; et la conclusion en est effectivement irrésistible, pour le cas où la tutelle s'ouvre par le prédécès de la mère, et appartient au père survivant.

M. Magnin pourtant la modifie en ce sens que tant que le tuteur légitime n'aura pas fait convoquer le conseil de famille, il pourra le faire convoquer pour la première fois au lieu de son domicile actuel, lors même que ce domicile ne serait plus celui qu'il avait au moment où la tutelle s'est ouverte (*des Minorités,* t. I, n°s 70 et suiv.).

Mais cet amendement ne me paraît pas admissible ; et je persiste, d'une manière absolue, dans la conclusion qui précède.

238. — Cette conclusion sera presque toujours aussi incontestable, dans le cas de prédécès du père, puisque la mère survivante tutrice a le même domicile que le père (art. 108).

239. — Mais on peut supposer que les époux étaient séparés de corps, et que la femme s'était choisi, comme nous pensons qu'elle le peut, un domicile distinct (*voy.* notre t. I, n° 358).

Le lieu de l'ouverture de la tutelle serait-il alors au domicile du père décédé, ou bien au contraire au domicile de la mère survivante, tutrice légale ?

Je pense que même, dans ce cas, c'est au domicile du père décédé, que la tutelle s'ouvrira.

Aux termes de l'article 406, le juge de paix, compétent pour convoquer le conseil de famille, est celui *du domicile du mineur,* c'est-à-dire évidemment du domicile *actuel* du mineur, du domicile qu'il a au moment où *la tutelle s'ouvre* (art. 407) ;

Or, ce domicile est celui qu'avait son père, au moment de son décès;

Donc, c'est à ce domicile même que la tutelle s'ouvre toujours; donc, c'est le juge de paix de ce domicile qui est toujours compétent.

L'article 421 nous en fournit une nouvelle preuve.

Aux termes de cet article, la mère survivante doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer un conseil de famille, *composé comme il est dit en la section* IV;

Or, les articles 406 et 407, qui déterminent le lieu de l'ouverture de la tutelle au domicile actuel du mineur, font partie de cette section;

Donc, c'est à ce lieu qu'en effet la mère survivante doit faire convoquer le conseil.

240. — Ainsi donc, sur notre première question, je réponds que le lieu de l'ouverture primitive de la tutelle est toujours au lieu du domicile actuel du mineur, c'est-à-dire au lieu du domicile qu'avait son père.

241. — 2° Maintenant s'élève notre seconde question.

Cette situation du domicile de la tutelle est-elle désormais immuable?

Ou au contraire le domicile de la tutelle peut-il être déplacé pendant le cours de la minorité :

Soit par des événements indépendants du tuteur, comme par exemple, sa mort, qui donnerait ouverture à une autre tutelle;

Soit par son fait, comme par exemple, le déplacement de son domicile personnel?

En un mot, le domicile de la tutelle est-il associé au domicile personnel du tuteur? Doit-il changer toutes les fois qu'un tuteur nouveau, domicilié ailleurs que le tuteur en exercice, succède à celui-ci, ou que le tuteur en exercice change lui-même de domicile?

242.—A. Supposons d'abord qu'un tuteur nouveau succède au tuteur en exercice.

que le conseil de famille a été réuni et le subrogé tuteur nommé.

Le tuteur transporte son domicile à Lyon.

Est-ce désormais à Lyon que devra être formé le conseil de famille, pour toutes les circonstances de la tutelle dans lesquelles l'intervention de ce conseil serait nécessaire :

Soit pour nommer un nouveau tuteur ou un subrogé tuteur ;

Soit pour prononcer la destitution de l'un ou de l'autre ;

Soit pour délibérer sur les actes relatifs à la personne ou aux biens du mineur?

Si nous voulons rechercher d'abord, en théorie, ce qu'il y aurait de mieux à faire , de plus logique et de plus sage, nous reconnaîtrons de suite que c'est là une question très-difficile, et qu'il y a, de part et d'autre, des inconvénients et des avantages.

Direz-vous, par exemple, que le tuteur peut, à son gré, déplacer le domicile de la tutelle? chacun aperçoit alors le danger. Le tuteur va pouvoir priver le mineur de ses meilleurs appuis, l'enlever à la protection d'un conseil de famille composé de parents proches et dévoués, se soustraire lui-même à l'active surveillance d'un subrogé tuteur pénétré de ses devoirs; tout cela, pour aller au loin, faire composer un conseil de famille d'étrangers, d'indifférents qui nommeront un subrogé tuteur aussi étranger et aussi indifférent qu'eux-mêmes !

Mais d'un autre côté, dites que le lieu où la tutelle s'est ouverte, détermine à toujours, invariablement, fatalement, le domicile de cette tutelle, et que ce sera toujours là qu'il faudra revenir devant le conseil de famille, chaque fois qu'il sera nécessaire d'en convoquer un ; d'autres objections très-sérieuses aussi,

vont s'élever contre vous. C'est le hasard souvent, c'est du moins une circonstance plus ou moins accidentelle, qui détermine le lieu de l'ouverture primitive de la tutelle. Voilà, par exemple, un père de famille qui meurt loin de son pays et de ses parents, dans le lieu où il exerçait des fonctions publiques à vie (art. 107). Tout d'abord, on organise dans ce lieu même la tutelle; on forme un conseil de famille; on nomme le subrogé tuteur; et si la mère survivante veut ensuite retourner dans son pays, dans sa famille, c'est-à-dire reporter le siége de la tutelle où elle devrait être naturellement, dans l'intérêt même du mineur, elle ne le pourra plus! elle ne le pourra jamais!

Et pour le tuteur lui-même, quels embarras! quelle gêne! Il est à Lyon maintenant! et il avait bien le droit, lui, apparemment, de changer de domicile! Mais le voilà obligé d'en référer désormais, pour sa gestion, à un conseil de famille qui siége à Paris! Par lettres, on ne s'entend pas bien; faudra-t-il donc voyager sans cesse? mais que de lenteurs, que de frais, au détriment du mineur!

Tout ceci est très-grave; et je ne m'étonne pas des dissidences qui divisent, sur ce point, les jurisconsultes.

Il y en a, en effet, et de très-vives et de très-nombreuses; car il ne s'est pas produit moins de quatre opinions :

245. — 1° La première enseigne que tout tuteur, quel qu'il soit, légitime, testamentaire ou datif, peut, en changeant de domicile, changer aussi le domicile de la tutelle.

Cette opinion invoque l'article 108; mais elle laisse de côté les articles 406, 407 et 421 du Code Napoléon, et l'article 527 du Code de procédure, qui sont pourtant de la plus grande force.

que le conseil de famille a été réuni et le subrogé tuteur nommé.

Le tuteur transporte son domicile à Lyon.

Est-ce désormais à Lyon que devra être formé le conseil de famille, pour toutes les circonstances de la tutelle dans lesquelles l'intervention de ce conseil serait nécessaire :

Soit pour nommer un nouveau tuteur ou un subrogé tuteur;

Soit pour prononcer la destitution de l'un ou de l'autre;

Soit pour délibérer sur les actes relatifs à la personne ou aux biens du mineur?

Si nous voulons rechercher d'abord, en théorie, ce qu'il y aurait de mieux à faire, de plus logique et de plus sage, nous reconnaîtrons de suite que c'est là une question très-difficile, et qu'il y a, de part et d'autre, des inconvénients et des avantages.

Direz-vous, par exemple, que le tuteur peut, à son gré, déplacer le domicile de la tutelle? chacun aperçoit alors le danger. Le tuteur va pouvoir priver le mineur de ses meilleurs appuis, l'enlever à la protection d'un conseil de famille composé de parents proches et dévoués, se soustraire lui-même à l'active surveillance d'un subrogé tuteur pénétré de ses devoirs; tout cela, pour aller au loin, faire composer un conseil de famille d'étrangers, d'indifférents qui nommeront un subrogé tuteur aussi étranger et aussi indifférent qu'eux-mêmes!

Mais d'un autre côté, dites que le lieu où la tutelle s'est ouverte, détermine à toujours, invariablement, fatalement, le domicile de cette tutelle, et que ce sera toujours là qu'il faudra revenir devant le conseil de famille, chaque fois qu'il sera nécessaire d'en convoquer un; d'autres objections très-sérieuses aussi,

vont s'élever contre vous. C'est le hasard souvent, c'est du moins une circonstance plus ou moins accidentelle, qui détermine le lieu de l'ouverture primitive de la tutelle. Voilà, par exemple, un père de famille qui meurt loin de son pays et de ses parents, dans le lieu où il exerçait des fonctions publiques à vie (art. 107). Tout d'abord, on organise dans ce lieu même la tutelle; on forme un conseil de famille; on nomme le subrogé tuteur; et si la mère survivante veut ensuite retourner dans son pays, dans sa famille, c'est-à-dire reporter le siége de la tutelle où elle devrait être naturellement, dans l'intérêt même du mineur, elle ne le pourra plus! elle ne le pourra jamais!

Et pour le tuteur lui-même, quels embarras! quelle gêne! Il est à Lyon maintenant! et il avait bien le droit, lui, apparemment, de changer de domicile! Mais le voilà obligé d'en référer désormais, pour sa gestion, à un conseil de famille qui siége à Paris! Par lettres, on ne s'entend pas bien; faudra-t-il donc voyager sans cesse? mais que de lenteurs, que de frais, au détriment du mineur!

Tout ceci est très-grave; et je ne m'étonne pas des dissidences qui divisent, sur ce point, les jurisconsultes.

Il y en a, en effet, et de très-vives et de très-nombreuses; car il ne s'est pas produit moins de quatre opinions :

245. — 1° La première enseigne que tout tuteur, quel qu'il soit, légitime, testamentaire ou datif, peut, en changeant de domicile, changer aussi le domicile de la tutelle.

Cette opinion invoque l'article 108; mais elle laisse de côté les articles 406, 407 et 421 du Code Napoléon, et l'article 527 du Code de procédure, qui sont pourtant de la plus grande force.

Aussi n'a-t-elle pas triomphé (Cass., 23 mars 1819, Magneux, Sirey, 1819, I, 325; Paris, 24 juill. 1835, de Pastoret, Dev., 1835, II, 405).

246. — 2° Une seconde opinion distingue entre le survivant des père et mère et les ascendants, tuteurs légitimes d'une part, et les tuteurs testamentaires ou datifs d'autre part.

Elle reconnaît aux premiers seulement le droit qu'elle refuse aux autres, de déplacer le domicile de la tutelle, avec leur propre domicile.

Cette distinction ne repose, en réalité, sur aucun texte; mais elle est, dit-on, dans l'intérêt du mineur. Il convient d'autant mieux de ne pas séparer le domicile de la tutelle du domicile du père ou de la mère, et de l'aïeul du mineur, que non-seulement leur qualité même répond de leur affection pour lui, mais encore que le plus souvent la famille du mineur se trouvera dans le domicile nouveau, que son père, sa mère ou son aïeul aura lui-même adopté (Cass., 10 août 1825, Garilland, D., 1825, I, 405; comp. Paris, 28 nov. 1835, Desdouitz, Dev., 1835, II, 556; Toullier et Duvergier, t. I. n° 1114; Duranton, t III, n° 453, Zachariæ, t. I, p. 193; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 604; Magnin, t. I, n° 75; Demante t. II, n°s 158 *bis*, I-III.)

247. — 3° Marcadé (t. II, art. 410, n° 3) propose une autre distinction :

Les articles 406 et 407 qui attachent invariablement le domicile de la tutelle au lieu de son ouverture, ne s'appliqueraient, suivant cet auteur, qu'à l'égard du tuteur datif.

Mais il n'en serait pas ainsi du tuteur légitime ou même testamentaire; et le changement de domicile de ces derniers tuteurs entraînerait toujours aussi le changement du domicile de la tutelle.

L'auteur fonde principalement cette distinction sur deux motifs :

D'une part, les articles 406 et 407, placés dans la section de la tutelle déférée par le conseil de famille, ne s'appliquent ainsi textuellement qu'à cette espèce de tutelle ;

D'autre part, le tuteur légitime ou testamentaire ne tient pas son titre du conseil de famille; ce titre, il l'avait avant que le conseil de famille fût formé, et c'est lui, déjà tuteur, qui a requis la convocation du conseil. Bien différent, en cela, du tuteur datif qui, au contraire, a reçu son titre du conseil de famille lui-même, dont il n'est que le mandataire et en quelque sorte le commis !

Cette différence d'origine et de situation explique pourquoi le tuteur datif ne peut pas déplacer le siége de la tutelle, ni renverser ainsi ce même conseil de famille, qui l'a fait ce qu'il est et dont il est l'instrument; tandis que le tuteur légitime ou testamentaire ayant un titre antérieur au conseil de famille et indépendant de ce conseil, peut aller dans un autre lieu établir le domicile de cette tutelle, que la loi ou le testament du dernier mourant a attaché directement à sa personne. (comp. aussi Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 395).

248. — 4° Je n'admettrai, pour ma part, aucune des trois opinions qui précèdent; et je pense que le système le plus conforme au Code Napoléon est celui que la jurisprudence a fini par consacrer, et d'après lequel aucun tuteur, quel qu'il soit, datif, testamentaire, ou même légitime, fût-il le survivant des père et mère, ne peut déplacer le domicile primitif de la tutelle.

Et ma preuve, elle est déjà faite !

Je crois avoir établi en effet, que d'après les articles 406 et 407, le domicile de la tutelle n'est pas déplacé, lorsque le tuteur en exercice se trouve, en cas

de décès ou autrement, remplacé par un nouveau tuteur domicilié dans un autre lieu (*supra*, nos 237-240);

Or, les articles 406 et 407 sont généraux et sans distinction;

Donc, ils s'appliquent également au cas où le tuteur en exercice change lui-même de domicile; d'autant plus que le changement volontaire de domicile, de la part du tuteur, peut être déterminé par des motifs contraires à l'intérêt du mineur, tandis qu'aucun soupçon de ce genre ne s'élève en cas de remplacement d'un tuteur par un autre.

Ajoutez que l'article 527 du Code de procédure, parfaitement d'accord avec les articles 406 et 407 du Code Napoléon, déclare dans des termes généraux, qui comprennent tous les tuteurs, « que les tuteurs seront « poursuivis *devant les juges du lieu où la tutelle a été « déférée....* »

Aussi, de la même manière que nous avons reconnu que le domicile de la tutelle ne change jamais, en cas de remplacement d'un tuteur par un autre, quel que soit d'ailleurs le nouveau tuteur, datif, testamentaire ou même légitime, de même nous devons décider qu'aucun tuteur, sans distinction, fût-il même le père ou la mère survivant, ne peut, en déplaçant son domicile personnel, déplacer ainsi le domicile de la tutelle.

Il est vrai qu'autrefois on pensait que le domicile du survivant des père et mère, quelque part que celui-ci le transférât *sans fraude*, dit Pothier, déterminait toujours celui des enfants (*Introd. générale aux coutumes*, nos 18, 19).

Mais nos lois n'ont pas reproduit cette différence; et il ne suffit pas, en présence des termes absolus des articles 406 et 407 du Code Napoléon et de l'article 527 du Code de procédure, il ne suffit pas de dire que cette exception est dans l'intérêt du mineur. Il ne serait pas

d'ailleurs impossible que la faculté accordée au tuteur même légitime de déplacer le domicile de la tutelle, fût quelquefois très-préjudiciable au mineur; comme si, par exemple, le père remarié voulait échapper à la surveillance des proches parents des enfants de son premier lit.

Notez enfin que ce n'est point par l'effet de la puissance paternelle, que l'enfant en tutelle a le même domicile que le survivant de ses père et mère; c'est par l'effet de la tutelle elle-même; et dès lors les règles du domicile de la tutelle sont applicables au survivant comme à tout autre tuteur (*voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, t. I, n° 359).

249. — Et quant à la distinction, proposée par Marcadé, entre les tuteurs légitimes et testamentaires d'une part, et les tuteurs datifs d'autre part, elle me paraît être plus ingénieuse que réelle.

En principe, le tuteur, de quelque manière qu'il soit nommé, n'est jamais, dans un cas plus que dans l'autre, le délégué, *le commis* du conseil de famille; une fois tuteur, ses devoirs et ses droits sont les mêmes envers le conseil de famille; son indépendance est la même; et la loi n'a fait, sous ce rapport, aucune différence.

En fait, cette différence n'aurait pas eu de motif sérieux. Un ascendant, par exemple, est nommé tuteur par le conseil de famille, parce que l'ascendant plus proche est excusé; et cet ascendant, choisi personnellement et en connaissance de cause par la famille, n'aurait pas le même droit qui aurait appartenu à l'ascendant excusé, qui n'était appelé, lui, qu'en vertu de sa seule qualité et sans aucun examen!

Je conclus donc qu'aucun tuteur ne peut, en changeant son domicile propre, changer le domicile primi-

tif de la tutelle. Cette conclusion paraît être aujourd'hui confirmée par la jurisprudence (Cass., 11 mai 1842, Mouthon, Dev., 1842, I, 661; *voy.* pourtant aussi Cass., 4 janv. 1842, Creton, Dev., 1842, I, 244; Nîmes, 2 mai 1848, Robert, Dev., 1848, II, 295; Cass., 17 déc. 1849, Gas, Dev., 1850, I, 299; Nancy, 1 juill. 1853, Hocquart, Dev., 1853, II, 558; Douai, 4 mars 1859, Bail, Dev., 1859, II, 346; Delvincourt, t. I, p. 106, note 2; Valette sur Proudhon, t. II, p. 313; Taulier, t. I, p. 26; de Fréminville, t. I, nº 98; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 337, 338.)

250. — Toutefois une sorte d'amendement ou de distinction semble être proposée par les derniers arrêts.

On convient que la loi a donné au domicile primitif de la tutelle une assiette fixe et immuable, qu'elle a ainsi en quelque sorte individualisé et personnifié la tutelle, pour tous les cas où il s'agit, pendant la minorité, d'organiser, de constituer ou de compléter le personnel de la tutelle; c'est-à-dire de nommer soit un nouveau tuteur, soit même un nouveau subrogé tuteur.

Mais lorsque la tutelle fonctionne, et qu'il s'agit de convoquer un conseil de famille pour obtenir les différentes autorisations dont le tuteur peut avoir besoin relativement à la personne ou aux biens du mineur, alors on prétend que c'est au domicile personnel et actuel du tuteur, que la tutelle elle-même est sous ce rapport, domiciliée, et que c'est au lieu de ce dernier domicile que le conseil de famille doit être formé.

D'une part, dit-on, les articles 406 et 407, qui attachent le domicile de la tutelle au lieu où elle s'est ouverte, ces articles sont placés sous la section de la tutelle déférée par le conseil de famille, et ne concernent ainsi que la nomination même du tuteur, et

aussi du subrogé tuteur, aux termes des articles 421 et 422;

D'autre part, lorsque le tuteur ou le subrogé tuteur décèdent, ou sont excusés, ou destitués, le lien qui attachait à leur domicile personnel le domicile du mineur, tant que durait la tutelle, ce lien est rompu, cette organisation est détruite; et on conçoit que la tutelle alors fasse retour à son point de départ, et qu'elle rentre dans son domicile primitif, pour y être de nouveau constituée ou complétée; c'est le cas des articles 406, 407, 421 et 422.

Mais, au contraire, tant que la tutelle est organisée et qu'elle fonctionne, le domicile du tuteur, qui la représente et la personnifie, doit être aussi le domicile de cette tutelle; c'est le cas alors de l'article 108 (Cass., 4 mai 1846, Jean Jean, Dev., 1846, I, 465; ajout. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 395).

251. — Je repousse même cette distinction :

D'abord, nous avons déjà remarqué que les articles 406 et 407, bien que placés dans la section relative à la tutelle déférée par le conseil de famille, forment néanmoins des dispositions générales, qu'il faut appliquer toutes les fois qu'il y a lieu de convoquer un conseil de famille (*supra*, n 232).

Et puis, cette distinction laisse au tuteur la faculté de soustraire le mineur à la protection de ses proches pour les affaires les plus importantes, c'est-à-dire qu'elle méconnaît l'un des motifs les plus graves, qui ont certainement déterminé le législateur à fixer invariablement le domicile de la tutelle dans le lieu où elle s'est ouverte. Et notez que le lieu où la tutelle s'ouvre, est, en général, le lieu où le mineur a en effet presque toujours sa famille; car c'est, en général et le plus souvent, dans son pays, près de sa famille, que chacun de nous s'établit. Tel est, dis-je, le fait le plus

général, quoiqu'il compte, je le sais, beaucoup d'exceptions; mais, enfin, ce fait général explique et justifie l'assiette immuable de la tutelle.

Quant à l'article 108, il ne règle que les rapports des tiers avec le tuteur, comme représentant du mineur; c'est, par exemple, au domicile personnel du tuteur que doivent être remis les exploits qui concernent le mineur. Mais l'article 108 ne règle pas le domicile de la tutelle elle-même, en ce qui concerne les rapports du tuteur et du subrogé tuteur avec le conseil de famille. Autrement, il y aurait une flagrante contradiction entre l'article 108, d'une part, et les articles 406 et 407 d'autre part.

Cette distinction ne me paraît donc pas juridique; et il est permis de remarquer que l'arrêt de la Cour de Cassation qui la propose, n'est pas lui-même très-net ni très-ferme :

« Attendu, en droit, que dans tous les cas où le conseil de famille est appelé par la loi, soit à pourvoir le mineur ou l'interdit d'un tuteur, soit à compléter ou à modifier la tutelle, ce conseil doit être convoqué et présidé par le juge de paix du lieu de l'ouverture de la tutelle, par la raison que tant que la tutelle n'est pas définitivement ou complétement organisée, le mineur ne peut avoir d'autre domicile que son domicile d'origine; mais *qu'il en peut être* autrement, lorsque la tutelle fonctionnant régulièrement, et le tuteur ayant acquis un nouveau domicile, il n'y a lieu de faire délibérer le conseil de famille qu'à l'occasion d'un des actes d'administration du tuteur; que, dans ce cas, le conseil de famille *peut* être convoqué devant le juge de paix du nouveau domicile du tuteur, qui est devenu celui du mineur, *pourvu toutefois que les intérêts de ce dernier ne puissent en éprouver aucun préjudice;* que, par suite, l'arrêt attaqué, après avoir déclaré que

par la convocation du conseil de famille, telle qu'elle a été faite dans l'espèce, les intérêts du mineur avaient été suffisamment ménagés, a pu décider, sans violer aucune loi, que *la délibération de ce conseil de famille n'était entachée d'aucune irrégularité....* » (*Supra*, n° 250.)

Cette doctrine, dis-je, n'est pas nette et ferme; car, enfin, elle ne résout pas la question : Dans quel lieu le conseil de famille *doit-il* être convoqué?

Ce n'est pas la résoudre, en effet, que de répondre qu'il *peut* être convoqué au lieu du domicile nouveau du tuteur, et que *si les intérêts du mineur n'en éprouvent aucun préjudice, la délibération ne sera pas entachée d'irrégularité!*

La régularité ou l'irrégularité de la convocation du conseil de famille ne peut pas dépendre du point de savoir, si, dans le fait particulier, les intérêts du mineur seront suffisamment ménagés. Ce n'est point là une règle; c'est l'absence, au contraire, de toute règle; et les tiers, avec une telle doctrine, ne sauraient jamais sur quoi compter.

Ce qu'il eût été vrai de dire, c'est que la convocation du conseil de famille au lieu du domicile personnel du tuteur, était, en droit, entachée d'*irrégularité;* mais qu'en fait, cette irrégularité n'ayant pas été préjudiciable au mineur, il n'y avait pas lieu d'annuler la délibération.

Ainsi formulée, cette doctrine me paraîtrait à moi-même exacte; car nous verrons que la loi laisse, en général, aux magistrats un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les circonstances et pour prononcer ou ne pas prononcer de nullités en cette matière (comp. Cass., 11 mai 1842, Mouthon, Dev., 1842, I, 661; et Cass., 16 juin 1846, mêmes parties, Dev., 1847, I, 127).

251 *bis*. — De tout ce qui précède, il résulte que

la question de savoir en quel lieu le conseil de famille doit être formé, étant assez souvent fort délicate, il pourrait arriver que deux conseils de famille, formés dans des lieux différents, eussent nommé respectivement un tuteur au même mineur.

Quelle serait alors la marche à suivre?

L'espèce s'est présentée; et on prétendait qu'il fallait procéder par voie de règlement de juges.

Mais il est clair que ce moyen n'était point praticable, puisqu'il n'y avait point contrariété de jugements (art. 504 procéd.).

La Cour de Cassation a décidé, avec bien plus de raison, que la question de savoir lequel des deux tuteurs serait maintenu dans la tutelle, devait être portée devant le tribunal de première instance du domicile de celui des tuteurs, dont son compétiteur attaquait la nomination (18 juillet 1826, Moreau Saint-Remy, *Bulletin des arrêts de cassation en matière civile*, 1826, n° 73).

252. — Le lieu du domicile de la tutelle nous est désormais connu.

Nous avons maintenant à former le conseil de famille.

Régulièrement, le conseil de famille doit être composé:

1° Du juge de paix du lieu où la tutelle s'est ouverte, qui en est membre nécessaire et président;

2° De six parents ou alliés du mineur.

En tout, sept membres; nombre impair, afin d'éviter le plus possible l'inconvénient des partages d'opinions.

Les liens de famille imposent, en retour des droits et des avantages qu'ils confèrent, certains devoirs, certaines charges. C'est ainsi que les droits de successibilité réciproque entre les parents ont pour conséquence les devoirs relatifs à la tutelle.

L'affection présumée des parents et des alliés pour le mineur les désignait d'ailleurs aussi à la confiance de la loi.

De là il suit que les six parents ou alliés doivent être pris moitié du côté paternel, moitié du côté maternel (art. 407); car les parents de chacune des lignes seraient également appelés à succéder au mineur, s'il décédait sans enfant (art. 733). Et celui-ci tient d'ailleurs à ses parents ou alliés de chaque côté, par les mêmes liens d'affection.

253. — Il s'ensuivrait aussi que l'on devrait appeler dans chacune des lignes, les parents ou les alliés les plus proches.

Mais cette conséquence logique, n'a pas été admise et ne devait pas l'être.

Les plus proches, en effet, peuvent être domiciliés dans des lieux fort éloignés de celui où la tutelle s'est ouverte; et on n'aurait pu les appeler, qu'à la condition de déplacements fort pénibles pour eux-mêmes, comme aussi de lenteurs très-fâcheuses et de frais très-considérables pour le mineur, à la charge duquel auraient dû être, tout naturellement, ces voyages.

Le législateur a donc tracé autour du lieu où la tutelle s'est ouverte, un rayon de deux myriamètres; et régulièrement, c'est dans les limites de cette circonscription territoriale, qu'il faut appliquer les règles qu'il a posées.

254. — D'après ces règles, dans chacune des lignes, le parent (qui succède) est preféré à l'allié (qui ne succède pas), mais seulement toutefois à égalité de degré.

Parmi les parents (ou les alliés), le plus proche est préféré au plus éloigné;

Et à égalité de degré, le plus âgé à celui qui l'est le moins (art. 407).

255. — L'alliance subsiste-t-elle malgré le décès, sans enfants, de l'époux qui la produisait?

Par exemple, faut-il encore appeler au conseil de

famille celui qui a épousé la sœur du mineur, lorsque cette sœur est décédée sans laisser d'enfants?

Plusieurs jurisconsultes enseignent la négative (Delvincourt, t. I, p. 106, note 4; Duranton, t. III, n° 459, note 1 ; Marcadé, t. II, art. 407, n° 1 ; Ducaurroy, t. I, n° 606).

Et il faut convenir que nos anciens auteurs pensaient en effet généralement qu'en matière de tutelle, on ne devait appeler les affins qu'autant que le mariage subsistait, ou que du moins, après la dissolution du mariage, il en restait des enfants (comp. Pothier, *des Personnes*, part. I, t. VI, sect. IV, § 2 ; Meslé, *des Minorités*, Ire part., chap. VII, p. 155, et chap. IX, p. 162).

Mais je persiste néanmoins dans le sentiment contraire, que j'ai déjà exprimé (*voy.* notre t. III, n° 117 ; et notre t. IV, n° 26).

L'alliance une fois légalement formée, ne peut être déclarée dissoute que par la loi elle-même;

Or, nulle part la loi ne déclare l'alliance dissoute par le décès, sans enfant, de l'époux qui l'a produite; elle y attache au contraire encore des effets importants ; et si, dans d'autres cas, elle lui refuse alors certains effets, elle a pris soin de le dire (art. 206);

Donc, dans les autres cas, où elle n'a rien dit, l'alliance elle-même subsiste toujours.

Meslé disait :

L'allié n'est appelé aux opérations de la tutelle, que parce qu'il pourrait profiter de la succession du mineur, à cause de sa femme ou de ses enfants, qui sont ses héritiers ;

Or, après le décès de sa femme et de ses enfants, l'allié n'a plus l'espérance de ces avantages;

Donc, il ne doit plus avoir la charge.

Mais ce motif, qui a sa valeur sans doute, n'est pas, à lui seul, décisif, en l'absence d'un texte de loi.

Les chances de successibilité sont une des causes pour lesquelles les devoirs de la tutelle pèsent sur la famille; mais elles n'en sont pas la seule cause. N'appelle-t-on pas souvent les parents les plus éloignés? n'appelle-t-on pas même de simples amis? (Duvergier, sur Toullier, t. II, n° 1112, note *b*; Valette, sur Proudhon, t. II, p. 315; Taulier, t. II, p. 27; *Encyclop. du droit*, v° *Conseil de fam.*, n° 271; Philippe Dupin, *Encyclop. des juges de paix*, v° *Conseil de fam.*, § 2, n° 8.)

256. — Telle est, dis-je, la règle générale pour la composition du conseil de famille.

Mais cette règle est susceptible de recevoir quatre exceptions ou modifications que je vais successivement énoncer :

257. — 1° Les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines[1] sont exceptés de la limitation du nombre de six, posé dans l'article 407.

Quel que soit leur nombre, ils sont tous appelés au conseil de famille, qu'ils composent alors seuls, à l'exclusion de tous autres (Cass., 16 juillet 1810, Chapuis, Sirey, 1810, I, 355; Cass., 10 août 1815, Contrastin, Sirey, 1815, I, 411). J'en excepte les ascendants ou ascendantes, comme je vais le dire (*infra*, n°s 262, 263).

S'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ou alliés ne sont appelés que pour compléter le conseil (art. 408).

C'est l'effet du *double lien*, qui les unit au mineur et de l'affection plus grande qu'il suppose.

Remarquez que les sœurs germaines sont représentées par leurs maris, et ne sont pas elles-mêmes appe-

1. On appelle *frères* (ou *sœurs*) *germains* ceux qui ont le même père et la même mère; frères *consanguins*, ceux qui ont le même père, mais non la même mère; et frères *utérins*, ceux qui ont la même mère et non le même père.

lées. Car les femmes ne peuvent point faire partie du conseil de famille, excepté la mère et les ascendantes (art. 442-3°).

258. — 2° La même exception, que nous venons de faire pour les frères germains et les maris des sœurs germaines, est également applicable aux ascendants et aux ascendantes du mineur (art. 408).

C'est-à-dire, qu'ils font tous partie du conseil de famille, avec les frères germains et les maris des sœurs germaines, lors même que leur réunion excéderait le nombre légal; et ce n'est qu'autant qu'ils ne compléteraient pas ce nombre qu'il faudrait appeler d'autres parents ou alliés.

259. — L'article 408, sous la dénomination inexacte de *veuves d'ascendants*, ne désigne évidemment que les ascendantes veuves, c'est-à-dire les ascendantes mêmes du mineur, celles dont il descend (art. 442).

Si un ascendant veuf s'était remarié, sa seconde femme, devenue veuve, ne devrait donc point être appelée au conseil; c'est là une vérité unanimement reconnue.

260. — De notre article, au reste, il résulte :

1° Que tant que l'ascendante a encore son mari, c'est celui-ci, c'est l'ascendant et non pas l'ascendante qui fait partie du conseil;

2° Que si l'ascendante, devenue veuve, se remarie, c'est son nouvel époux qui sera appelé, comme allié du mineur.

261. — L'article 408 semble n'appeler que les ascendants *valablement excusés* de la tutelle.

Mais il est certain que sa disposition est également applicable, et même *a fortiori*, aux ascendants qui, n'ayant pas été appelés à la tutelle, n'ont pas été excusés.

Le Code Napoléon appelant à la tutelle légale les

ascendants encore vivants (art. 402), il aura supposé, sans doute, que s'ils sont en effet encore vivants, et qu'ils ne soient pas tuteurs, c'est qu'ils auront été *valablement excusés*.

Il paraît d'autant plus probable que ces mots auront été écrits sous l'empire de cette supposition, de cette préoccupation, que, d'une part, la tutelle déférée par le conseil de famille, vient la dernière dans l'ordre successif des tutelles, et que, d'autre part, le Code Napoléon ne règle ce qui concerne l'organisation du conseil de famille qu'à l'occasion de la tutelle dative.

Mais pourtant, il faut bien le dire, cette supposition est, au fond, très-peu conforme, soit à la théorie elle-même du Code Napoléon, soit à la vérité des faits.

Le Code Napoléon, en effet, qui, à première vue, semblerait avoir classé ces différentes espèces de tutelles dans un ordre graduel et hiérarchique, est loin d'avoir observé rigoureusement cet ordre.

Ainsi, par exemple, en cas de refus de la mère survivante, ce n'est pas l'aïeul qui est tuteur légitime; pas plus qu'il ne l'est, en cas d'excuse du tuteur testamentaire; pas plus, enfin, que l'ascendant plus éloigné ne l'est, en cas d'excuse de l'ascendant plus proche.

Dans tous les cas, on passe, de plein saut, à la tutelle dative (art. 405).

Il peut donc y avoir des ascendants vivants qui ne soient point appelés à la tutelle, et qui dès lors n'aient pas pu être excusés.

Or, il est clair que l'on doit les traiter au moins aussi bien que les ascendants excusés, et que l'article 408 leur est également applicable (comp. Valette sur Proudhon, t. II, p. 310, note 1).

262. — L'interprétation que nous donnons à l'article 408, en assimilant, de tout point, aux frères germains et aux maris des sœurs germaines, les as-

cendants et les ascendantes, cette interprétation est, nous devons le dire, fort controversée.

Beaucoup d'auteurs enseignent, au contraire, que les ascendantes veuves et les ascendants valablement excusés ne font point partie du conseil de famille; qu'ils n'y sont admis que par déférence, et seulement comme membres honoraires.

D'où ils concluent :

1° Qu'ils peuvent se dispenser d'assister aux séances, sans encourir aucune amende (art. 413);

2° Qu'ils ne comptent pas dans le nombre légal, et que dès lors si les frères germains ne sont pas au nombre de six, si, par exemple, il n'y en a que quatre, il est nécessaire d'appeler deux autres parents ou alliés pour compléter le conseil, lors même qu'il y aurait deux ascendants valablement excusés (Toullier, t. II, n° 1111; Zachariæ, t. I, p. 190; Marcadé, t. II, art. 408, nos 1, 2; Taulier, t. I, p. 28; *Encyclop. du droit*, v° *Conseil de famille*, n° 25).

On peut, à l'appui de cette opinion, invoquer deux motifs :

1° Le texte de l'article 408.

Écoutez, dit-on, chacun des paragraphes de cet article.

Que dit le premier?

« Les frères germains sont *seuls* exceptés de la limi-
« tation du nombre.... »

Donc, les ascendants et les ascendantes n'en sont pas exceptés.

Que dit le second?

« S'ils sont six ou au delà, ils seront tous membres
« du conseil de famille, qu'ils *composeront seuls*.... »

Donc, les ascendants et ascendantes ne composent pas alors le conseil, et n'en sont pas membres véritables et nécessaires.

Et le troisième paragraphe, enfin, que dit-il?

« S'ils sont en nombre inférieur (les frères ger-« mains), les autres parents ne seront appelés que « pour compléter le conseil. »

Donc, les ascendants et ascendantes ne sont pas comptés.

2° On ajoute que les ascendantes et les ascendants valablement excusés, sont, par cela même qu'ils ont été excusés de la tutelle, présumés ne pouvoir pas assister aux séances du conseil avec une assiduité et une attention suffisantes; et voilà pourquoi on les appelle seulement par déférence (Fenet, t. X, p. 656).

Et quant aux ascendants non excusés, ils ne seront appelés au conseil que comme tous autres parents, en vertu de la proximité du degré.

263. — Voici ma réponse:

1° Je prétends d'abord que cette interprétation est contraire à la théorie de la loi, et qu'elle la mettrait dans une évidente contradiction avec elle-même.

En effet, pour la tutelle, la loi préfère les ascendants aux frères germains; les ascendants seuls sont appelés de plein droit à la tutelle légale;

Or, après cela, il serait inouï que, pour le conseil de famille, la loi eût préféré les frères germains aux ascendants, et qu'elle ne les eût point placés au moins sur la même ligne.

Car, si la loi a cru l'ascendant, malgré son âge, capable d'être tuteur, *a fortiori* a-t-elle dû le croire capable d'être membre du conseil de famille.

Mais, dit-on, précisément il s'agit, dans l'article 408, des ascendants excusés de la tutelle.

J'ai déjà répondu (*supra*, n° 261); et je crois avoir prouvé que ces mots ne sont pas et ne peuvent pas être limitatifs, et que l'article 408 s'applique aussi aux ascendants non excusés, à ceux, enfin, qui n'auraient pas été appelés à la tutelle (Locré, t. VII, p. 200).

Mon argument reste donc tout entier.

2° Maintenant, est-il vrai que le texte de l'article 408 nous impose cette interprétation si peu conforme à la raison et à la théorie de la loi ?

Je ne le pense pas.

Le premier paragraphe de cet article porte, à la vérité, que les frères germains sont *seuls* exceptés de la limitation du nombre légal.

Mais voyez le second paragraphe. Il déclare que s'ils sont six, ou au delà, ils le *composeront seuls* AVEC *les veuves d'ascendants* et les ascendants valablement excusés.

Donc, en réalité, ils ne le composeront pas seuls ; donc, ils le composeront, au contraire, *avec* les ascendants ; donc, les ascendants eux-mêmes le *composeront !* C'est le texte aussi qui le déclare.

Et cette observation répond en même temps à l'argument qu'on a tiré du troisième paragraphe, qui semble ne se référer qu'aux frères germains, en disant que, *s'ils sont en nombre inférieur*, les autres parents sont appelés pour compléter le conseil.

Oui, *s'ils sont en nombre inférieur*.... d'après la règle posée par le second alinéa, c'est-à-dire, *eux*, les frères germains *avec* les *ascendants*, puisqu'ils composent ensemble le conseil.

Cette rédaction, sans doute, est ambiguë et vicieuse ; mais l'origine même de cette ambiguïté prouve qu'il n'en faut pas déduire l'interprétation que je combats.

Le projet arrêté au Conseil d'État, ne mentionnait pas d'abord les ascendants ; ce n'est qu'après coup et sur l'observation faite par le Tribunat, qu'on avait oublié de les comprendre dans la disposition relative aux frères germains, que la section de législation répara cet oubli.

Toutefois, au lieu de modifier toute la rédaction de

l'article 408, elle n'en fit que l'objet d'une addition incidente dans le second paragraphe. Mais la volonté des rédacteurs n'en était pas moins d'assimiler les ascendants aux frères et sœurs; et je crois avoir prouvé que le texte même, malgré son obscurité, renferme cette assimilation, que les principes et la raison exigent.

264. — Je conclus donc :

1° Que les ascendantes veuves et les ascendants sont exceptés de la limitation du nombre légal;

2° Qu'ils *composent* le conseil de famille et sont tenus d'assister aux séances, comme tous les autres membres;

3° Qu'il n'y a pas lieu d'appeler d'autres parents ou alliés, lorsque les ascendantes ou ascendants, réunis aux frères germains, forment le nombre légal.

Si les ascendants excusés de la tutelle se font excuser aussi du conseil de famille, alors ils n'en font pas partie; ils n'en sont pas du tout membres, ni onéraires, ni honoraires (comp. Colmar, 27 avril 1813, Rœderer, Sirey, 1814, II, 48; Toulouse, 5 juin 1829, Delboy, D., 1829, II, 252; Duvergier, sur Toullier, t. II, n° 1111; Proudhon et Valette, t. II, p. 310; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 607; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 340, 341; Massé et Vergé, t. I, p. 391; Demante, t. II, n° 155 *bis*, II).

Ajoutons aussi M. Duranton qui, après avoir d'abord enseigné l'interprétation contraire, est revenu, dans sa dernière édition, à celle-ci qui nous paraît, en effet, la plus juridique (t. III, nos 459, 460).

265. — Au reste, pour les frères germains comme pour les ascendants, l'article 408 ne déroge qu'à la règle de la limitation du nombre légal, et non pas à la règle posée par l'article 407 sur la circonscription territoriale de deux myriamètres.

Les uns et les autres ne font donc partie du conseil de famille, par préférence à tous autres parents ou alliés, qu'autant qu'ils sont domiciliés dans le lieu de l'ouverture de la tutelle ou à la distance de deux myriamètres.

266. — 3° Voici, au contraire, une modification possible à la règle de la circonscription territoriale dans laquelle on doit prendre les membres du conseil.

Il se peut qu'il n'y ait point sur les lieux, ou dans la distance légale, de parents ou alliés en nombre suffisant pour composer le conseil de famille.

Dans ce cas, le juge de paix peut, à son choix et suivant ce qu'il croit le plus utile aux intérêts du mineur, appeler :

Soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances (et il ne paraît pas même qu'il doive, en ce cas, s'attacher à la proximité du degré);

Soit, mais seulement *dans la commune même*, des citoyens, ou plus exactement des personnes (car la jouissance des droits politiques ne serait pas ici nécessaire, art. 7, 8), des personnes, dis-je, connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (art. 409; *voy.* L. 223, ff. *De verb. signif.*; comp. Besançon, 9 avril 1808, de Pouthier, Sirey, 1809, II, 158; Besançon, 26 août 1808, Duvois, Sirey, 1808, II, 865; Angers, 29 mai 1821, Delelée-Préaux, Sirey, 1821, II, 260).

267. — Cette disposition s'applique séparément et distributivement à l'une et à l'autre ligne (art. 409).

L'insuffisance du nombre de parents ou d'alliés dans une ligne, ne doit donc pas être complétée par des membres de l'autre ligne; car l'équilibre d'influence que l'article 407 veut maintenir, serait alors rompu (comp. Magnin, t. I, 330).

268. — Et par suite, il paraît aussi conforme à la

loi d'appeler, en cas d'insuffisance des parents paternels, des amis du père, comme au contraire des amis de la mère, si c'est la ligne maternelle qui ne fournit pas assez de parents ou d'alliés.

269. — Quant aux parents, qui appartiennent aux deux lignes, comme les neveux, enfants de frères germains, ils comptent également pour l'une et pour l'autre.

Si donc, par exemple, il y en a quatre, on ne doit plus appeler qu'un parent ou un allié dans chaque ligne.

S'il n'y en a que trois, il faudra appeler deux parents ou alliés dans une ligne, et un seul parent ou allié dans l'autre. C'est le juge de paix qui décidera, d'après les circonstances, laquelle des lignes devra en fournir deux (comp. Cass., 16 juillet 1810, Chapuis, Sirey, 1810, I, 355; Colmar, 14 juillet 1836, Baur, Dev., 1837, II, 231; Merlin, *Répert.*, v° *Tutelle*, sect. II, § 3, art. 3, n° 7 *bis*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 340).

270. — Les *voisins*, à ce seul titre, ne peuvent plus être appelés au conseil de famille, si d'ailleurs ils n'étaient pas les amis du père ou de la mère.

Le mot : *voisins*, qui se trouvait d'abord dans le projet, en a été effacé.

Les relations de voisinage ont, de nos jours, en effet, beaucoup perdu de leur ancienne intimité (comp. Meslé, *des Minorités*, Ire part., chap. XII, p. 422; Locré, t. VII, p. 107 et 132).

271. — 4° Enfin, lors même qu'il y aurait dans la commune ou dans la circonscription légale, un nombre suffisant de parents ou d'alliés, le juge de paix peut en appeler d'autres, à quelque distance qu'ils soient domiciliés.

Mais il faut alors que ceux-ci soient plus proches en

degrés ou au moins de même degré que les parents présents (art. 410).

En un mot, la pensée de la loi paraît être qu'il faut que les membres ainsi appelés en dehors du rayon légal, eussent été préférables aux membres présents, s'ils se fussent trouvés, comme ceux-ci, dans les limites de ce rayon (art. 407 ; Besançon, 26 août 1808, Duvois, Sirey, 1808, II, 865).

272. — D'après cela, il est clair que le juge de paix ne pourrait pas éliminer un frère germain, ou un ascendant, qui serait sur les lieux, pour appeler, en dehors du rayon légal, un autre membre ; car le frère germain et l'ascendant, comme aussi les maris des sœurs germaines et les ascendantes veuves, sont spécialement appelés par la loi elle-même à faire partie du conseil (art. 408 ; comp. Duranton, t. III, n° 462 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 342).

273. — Le juge de paix, qui appelle ainsi des membres en dehors du rayon légal, doit faire, parmi les parents ou alliés présents, les éliminations nécessaires pour que le nombre régulier des membres du conseil ne soit pas dépassé (art. 410).

274. — Delvincourt a enseigné que si les parents plus proches qui demeurent en dehors de la distance légale, offraient de venir à leurs frais, et qu'il n'en résultât point un retard préjudiciable aux intérêts du mineur, le juge de paix *n'aurait pas le droit de les remplacer* (t. I, p. 106, note 8).

Cette opinion, adoptée aussi par les auteurs de l'*Encyclopédie du droit* (v° *Conseil de famille*, n° 32), me semble d'abord contraire au texte même :

« Le juge de paix *pourra*, etc..., » dit l'article 410 sans aucune distinction ;

Donc, c'est pour ce magistrat une simple faculté.

J'ajoute que la loi, en n'appelant pas au conseil de

famille les parents ou alliés domiciliés à une trop grande distance, n'a pas eu seulement pour but d'éviter des frais, qui seraient à la charge du mineur; elle a eu encore d'autres motifs; elle a voulu, par exemple, prévenir cette cause de retard; aussi, l'opinion, que je combats, convient elle-même qu'elle ne serait fondée qu'autant que l'admission des parents domiciliés à une plus grande distance, n'entraînerait aucun retard préjudiciable au mineur.

Très-bien!

Mais qui est-ce qui décidera cette question, si ce n'est le juge de paix?

Donc, d'après vous-même, c'est le juge de paix qui est chargé d'apprécier ce point, et qui dès lors a la faculté d'appliquer ou de ne point appliquer l'article 410 (Rouen, 29 nov. 1816, Dupré, Sirey, 1817, II, 76; Duranton, t. III, n° 462; Chardon, *Puiss. tut.*, t. III, n° 317; Marchant, *de la Minorité*, p. 144).

275. — C'est le juge de paix, en effet, qui dresse la liste des membres du conseil de famille, puisque c'est lui qui est chargé par la loi de le composer (arg. des articles 409, 410).

Il aurait pu être dangereux pour les intérêts du mineur, de laisser à d'autres, à celui-là même qui aurait requis la convocation dans un certain but, la faculté de former le conseil des éléments qu'il aurait voulu choisir.

Le juge de paix, sans doute, se renseigne auprès des parents; il peut adopter et même il adopte souvent la liste qu'ils lui présentent; mais son devoir est de s'enquérir si elle est exacte et convenable, et en l'adoptant après cela, il se l'approprie (comp. Douai, 22 juill. 1856, Walrand, Dev., 1857, II, 33; Douai, 4 mars 1859, Bail, Dev., 1859, II, 346).

276. — Je dis que c'est le juge de paix lui-même

et lui seul, qui est chargé par la loi de composer le conseil de famille.

Mais voici qu'à la réunion, l'un des membres convoqués soutient que la composition faite par le juge de paix est irrégulière ; que, par exemple, on a appelé des amis, tandis qu'il y a des parents dans la commune.

Quel moyen a-t-il de la faire réformer, si le juge de paix n'y veut pas consentir ?

Se pourvoira-t-il directement devant le tribunal de première instance ?

Mais il n'y a encore (nous le supposons) aucune délibération, qu'il puisse attaquer.

Direz-vous que le juge de paix devra rendre une ordonnance par laquelle il rejettera la réquisition à lui faite, et que c'est de cette ordonnance que l'appel sera porté ?

Mais alors le tribunal de première instance statuerait en dernier ressort sur les questions relatives à la composition du conseil de famille ; ce qui est évidemment contraire à la loi (art. 889).

Il nous semble donc que c'est seulement contre la délibération quelconque qui sera prise, qu'il y aura lieu de se pourvoir alors pour vice de forme.

277. — Zachariæ a écrit :

1° Que les parents ou alliés du mineur *résidant, même passagèrement*, dans la distance légale fixée par l'article 407, doivent être appelés au conseil de famille (ajout. aussi Delvincourt, t. I, p. 106, note 8) ;

2° Que ce conseil ne constitue point un corps permanent, et doit être recomposé de la manière prescrite par la loi, toutes les fois qu'il devient nécessaire de le convoquer ; en sorte qu'il ne doit plus être composé des mêmes membres, lorsque, dans l'intervalle d'une assemblée à l'autre, il se trouve sur les lieux

des parents ou alliés plus proches (ajout. Aubry et Rau, t. I, p. 339 ; Massé et Vergé, t. I, p. 390).

Tel est aussi le sentiment de M. Jay (*Traité des Conseils de famille*, n° 22).

Ces deux propositions ne manquent certainement pas d'exactitude ; mais elles me paraissent formulées dans des termes trop absolus.

Je crois aussi qu'il n'est pas nécessaire que les parents ou alliés aient leur *domicile* de droit dans la circonscription légale déterminée par l'article 407, pour être membres du conseil de famille ; et encore bien que les articles 409 et 410 se servent du mot : *domiciliés*, je pense que ce mot n'y est pas employé dans son acception rigoureuse, et qu'il signifie seulement résidence ; peu importe, en effet, en ce cas, la question du domicile ; les parents ou alliés sont-ils là, tout près ? cela suffit.

Mais, d'un autre côté, il faut bien aussi reconnaître que le fait seul de la présence d'un parent ou d'un allié, ne serait pas nécessairement suffisant, si sa présence n'était, en effet, qu'accidentelle et purement passagère.

278. — Pareillement, je concède que le conseil de famille, une fois formé, n'est pas, si vous voulez, un corps absolument permanent et immuable, et que si, dans l'intervalle d'une assemblée à l'autre, des parents ou alliés plus proches viennent résider dans le rayon légal, il y aura lieu de les admettre (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 334 ; Massé et Vergé, t. I, p. 389).

Mais je ne voudrais pourtant pas non plus poser en principe que la séance une fois levée, il n'y a plus rien, et que tous les éléments du conseil sont complétement désassemblés et détruits.

Je n'admets pas tant d'inconsistance et de mobilité !

Ce qui me paraît vrai, au contraire, c'est que le

conseil de famille, une fois composé, demeure le même, tant que le juge de paix n'y apporte pas de modifications ; et on conçoit qu'il sera souvent très-désirable qu'une affaire commencée, soumise déjà pendant plusieurs séances peut-être, au conseil de famille, puisse être présentée encore, au moment de la conclusion, à ce même conseil, formé des mêmes éléments, afin de n'être pas obligé de tout recommencer !

La doctrine contraire, poussée à l'extrême, détruirait d'ailleurs toute unité, tout esprit de suite, toute vue d'ensemble enfin, dans l'administration de la tutelle.

C'est au juge de paix qu'il appartient d'apprécier, sous ce rapport, les circonstances et d'appliquer, de la manière la plus intelligente et la plus convenable pour le mineur, les articles que nous venons de parcourir.

Il y a là sans doute quelque chose d'incertain et de vague ; aussi MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, en constatant que « rien n'oblige le juge de paix à suivre, pour une nouvelle convocation, les règles qu'il a observées précédemment, » voient-ils là un *vice capital* (t. I, n° 609).

Mais peut-être était-il difficile d'éviter tout à fait cet inconvénient ; les règles absolues conviennent peu en cette matière ; et par exemple, en déclarant immuable la composition du conseil une fois formée, ne s'exposait-on pas à l'inconvénient aussi très-grave d'en exclure à toujours un parent très-proche, qui serait venu depuis s'établir dans la commune?

Ce qu'on peut dire, c'est que si c'était à dessein et pour briser une majorité dévouée au mineur, qu'on eût modifié la composition du conseil, le tribunal auquel serait déférée la délibération, pourrait avoir égard à ce fait, pour la maintenir ou pour l'annuler.

§ II.

Par qui et comment le conseil de famille doit-il être convoqué?

SOMMAIRE.

300. — Dans quel local se tient l'assemblée du conseil de famille?
301. — Les séances du conseil de famille ne sont pas publiques.
302. — Les tiers peuvent-ils exiger du greffier de la justice de paix qu'il leur délivre des expéditions des délibérations du conseil de famille?
303. — Pour que le conseil puisse délibérer, il faut que les trois quarts au moins des membres convoqués soient présents.
304. — Suite.
305. — Suite.
306. — Que signifient ces mots : *les trois quarts des membres convoqués ?*
307. — C'est le juge de paix qui préside le conseil de famille. — *Quid*, s'il en était empêché?
308. — Le greffier tient la plume.
309. — Le juge de paix doit prendre part à la délibération et voter.
310. — Le conseil de famille peut prendre, dans la limite de sa mission, les mesures qu'il croit utiles pour s'éclairer.
311. — La voix du juge de paix est prépondérante en cas de partage.
312. — *En cas de partage*.... quel est le sens de ces mots? En d'autres termes, les délibérations du conseil de famille doivent-elles être prises à la majorité absolue des suffrages, ou seulement à la majorité relative?
313. — Suite.
314. — *Quid*, s'il se formait dans le conseil plus de deux opinions, dont aucune n'aurait la majorité absolue?
315. — Suite.
316. — Suite.
317. — Suite.
318. — Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent, doit être mentionné au procès-verbal. — Mais la loi n'exige pas les motifs de l'avis de chacun, ni même de la délibération.
319. — Il faut toutefois excepter le cas où il s'agit de l'exclusion ou de la destitution du tuteur. — La délibération doit alors être motivée.

279. — C'est toujours le juge de paix qui ordonne la convocation du conseil de famille; seulement cet ordre peut être donné par lui, soit d'office, soit sur la réquisition d'une autre personne.

280. — Je crois que le conseil de famille peut être convoqué d'office par le juge de paix, dans tous les cas où ce magistrat juge la convocation nécessaire;

car cette initiative doit appartenir à celui que la loi nomme président de ce conseil, et qu'elle charge spécialement de veiller aux intérêts du mineur (arg. des articles 414, 415).

Les articles 406, 421 et 446 qui lui confèrent expressément ce droit, lorsqu'il s'agit de la nomination ou de la destitution d'un tuteur, ne sont donc pas limitatifs.

281. — Certaines personnes ont, en outre, le droit de requérir la convocation du conseil de famille; et le juge de paix est tenu de déférer à cette réquisition, lorsqu'elle émane de personnes ayant qualité à cet effet (arg. des articles 446, 479).

S'il arrivait qu'il s'y refusât, de deux choses l'une :

Ou il rendrait une ordonnance pour motiver son refus; et alors on en pourrait porter l'appel;

Ou il ne voudrait même pas rendre d'ordonnance; et alors ce serait le cas de la prise à partie (art. 505, 507 procéd.).

282. — Quelles sont les personnes qui ont ce droit de réquisition?

Ce sont, suivant les différentes causes, qui peuvent nécessiter la convocation :

1° Les parents ou les alliés du mineur;

2° Ses créanciers ou autres parties pécuniairement intéressées;

3° Le subrogé tuteur;

4° Le tuteur lui-même.

Je dis : suivant les différentes causes, qui peuvent nécessiter la convocation, parce qu'en effet ces différentes personnes n'ont pas toujours et dans tous les cas, le droit de requérir cette convocation.

Reprenons donc, et voyons pour quelles causes seulement chacune d'elles a ce droit de réquisition :

283. — 1° Les parents ou alliés du mineur?

Distinguez :

S'agit-il de faire nommer un tuteur ?

Tous les parents (et aussi les alliés), *sans limitation de degré* (si ce n'est peut-être le douzième ! art. 755), peuvent requérir la convocation (*supra*, art. 406, n° 193).

S'agit-il de faire destituer le tuteur ?

La réquisition ne peut alors être formée que par les parents ou alliés du mineur, *au degré de cousin germain*[1] *ou à des degrés plus proches* (art. 446) ; sans doute, parce qu'il y a, dans ce cas, une personne spécialement chargée de requérir la convocation, je veux dire le subrogé tuteur (art. 446).

Toutefois, par exception à cette dernière proposition, tous les parents ou alliés, même au delà du degré de cousin germain, peuvent requérir la convocation du conseil pour la destitution du tuteur, dans le cas où le tuteur s'est ingéré dans la gestion, avant d'avoir fait préalablement nommer le subrogé tuteur (art. 421).

284. — 2° Les créanciers, ou autres parties pécuniairement intéressées, peuvent requérir la convocation, dans deux cas :

D'abord, pour la nomination du tuteur (art. 406) ;

Ensuite, pour la destitution du tuteur, mais seulement dans l'hypothèse spéciale que nous venons d'énoncer, c'est-à-dire lorsque le tuteur s'ingère dans la gestion, avant d'avoir fait nommer un subrogé tuteur (art. 421). Cette hypothèse éveille, comme on le voit, très-vivement les soupçons et la vigilance du législateur.

1. Le mot *germain*, ajouté à celui de *cousin*, n'a plus la même signification que lorsqu'il s'agit de frères ou de sœurs (*supra*, n° 257, note 1) ; il n'exprime plus alors le double lien, mais seulement un degré de parenté.

Paul a un enfant ; Pierre, son frère germain, ou même seulement utérin ou consanguin, a aussi un enfant ; ces deux enfants sont dits cousins *germains*, c'est-à-dire parents au quatrième degré.

285. — 3° Quant au subrogé tuteur, il peut et doit requérir la convocation :

Soit pour faire destituer le tuteur (art. 446);

Soit pour faire nommer un nouveau tuteur, en cas de vacance de la tutelle (art. 424).

Si l'article 406 ne le mentionne pas, c'est qu'il s'occupe de la première nomination du tuteur, c'est-à-dire d'une hypothèse, dans laquelle le subrogé tuteur n'existe pas encore (art. 422).

286. — 4° Enfin, le tuteur a le droit de requérir la convocation du conseil de famille, toutes les fois qu'il croit avoir besoin de le consulter sur les intérêts moraux ou matériels du mineur.

Cette proposition n'est point, il est vrai, formulée dans un texte *ad hoc ;* mais elle résulte de toute l'organisation de la tutelle ; puisque le tuteur doit en référer très-souvent au conseil de famille, il faut bien qu'il ait le droit d'en requérir la convocation (art. 454, 457, 461, 468, etc.).

287. — Il ne paraît pas que le ministère public ait le droit de requérir directement la convocation du conseil de famille.

Aucun texte, en effet, ne le lui confère ; et la règle générale est qu'en matière civile, le ministère public n'agit d'office que dans les cas spécifiés par la loi (art. 46 de la loi du 28 avril 1810; Cass., 27 frimaire an XIII, Sirey, 1807, II, 1058 ; Cass., 11 août 1818, Berdin, Sirey, 1819, I, 17 ; Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Mineur*, § 4 ; de Fréminville, t. I, n° 97 ; Orléans, 23 févr. 1837, Pastoret, Dev., 1838, II, 69 ; Carré, *Lois de l'organisat. et de la compét.*, I, 117, 118 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 343 ; Massé et Vergé, t. I, p. 396 ; *voy.* aussi notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 399).

Mais il est permis de regretter, avec Delvincourt

(t. I, p. 108, note 3), que les lois, qui ont réglé les attributions du ministère public, ne lui aient point fait cette part d'action, en ce qui concerne la protection des mineurs.

288. — Le mode régulier de convocation est une *citation* notifiée par huissier à chacun des membres du conseil.

La citation doit être donnée *à jour fixe;* car il n'y a point ici, bien entendu, d'avoués; et les parties devant se présenter en personne ou par un fondé de pouvoir spécial, il importe qu'elles sachent exactement le jour précis de la réunion.

Le délai pour comparaître doit être réglé par le juge de paix, de manière qu'il y ait toujours, entre la citation notifiée et le jour de la réunion, un intervalle de trois jours au moins, quand toutes les parties résideront dans la commune ou à une distance de deux myriamètres.

Toutes les fois que, parmi les parties citées, il s'en trouvera de domiciliées au delà de cette distance, le délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres (art. 411; comp. art. 5 et 51 procéd.).

Ce délai doit être franc (art. 1033 procéd.).

L'intervalle de trois jours a pour but de donner aux parties le temps de prendre leurs arrangements, afin de pouvoir se rendre à la réunion.

Il leur permet aussi de réfléchir à l'affaire qui fait l'objet de la convocation, et de se procurer, s'il y a lieu, des renseignements. Ce second motif n'est toutefois que secondaire; car la loi n'exige pas que la citation indique l'objet de la convocation; et il y aurait, en effet, quelquefois de la difficulté et des inconvénients à l'indiquer.

289. — Tel est, dis-je, le mode légal de convocation.

Mais, dans l'usage, la convocation se fait habituellement par lettres ou même verbalement; on épargne ainsi au mineur les frais des citations; et le juge de paix fera d'autant mieux de suivre cet usage (lorsqu'il n'aura pas à craindre quelque mauvais vouloir de la part des membres du conseil), qu'il y est aujourd'hui légalement autorisé par l'article 17 de la loi du 25 mai 1838.

Dans ce cas, la réunion a lieu au jour indiqué par la lettre ou par l'avertissement verbal; et il n'est pas nécessaire d'observer l'intervalle de trois jours.

290. — Mais ce mode de convocation, après tout, n'étant pas régulier ni officiel, il s'ensuit :

1° Que le non-comparant ne pourrait pas être condamné à l'amende édictée, comme nous allons le voir, par l'article 413;

2° Que l'on ne pourrait pas délibérer en son absence, lors même que la réunion se composerait des trois quarts des membres *convoqués* (art. 415). Car précisément le non-comparant n'aurait pas été valablement convoqué (Rouen, 7 avril 1827, Samson, Sirey, 1827, II, 196; Caen, 30 août 1847, Corbin-Desboissières, Dev., 1848, II, 527; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 344; Magnin, I, 347; Duranton, t. III, n° 465, en note).

291. — Les parents, alliés ou amis, *ainsi convoqués*, dit l'article 412, c'est-à-dire convoqués conformément à l'article 411 (*supra*, n° 288), sont tenus de se rendre en personne ou de se faire représenter par un mandataire.

292. — Le mandat doit être spécial, c'est-à-dire à l'effet de délibérer sur une certaine affaire spécifiée, ou tout au plus, sur les affaires qui seront traitées dans une certaine réunion spécialement déterminée (arg. de l'article 1987).

La loi n'exige pas, avec beaucoup de raison, que le mandat soit authentique (art. 1985; Metz, 24 brumaire an XIII, Saintignon, Sirey, 1806, II, 5).

Seulement il faut qu'il soit enregistré et annexé au registre des délibérations.

293. — La faculté de se faire représenter par un mandataire n'est pas seulement accordée aux parents ou alliés domiciliés en dehors de la distance légale, et que le juge de paix aurait appelés en vertu des articles 409 et 410.

Elle appartient à tous les parents ou alliés, et même aux amis, qui pourtant doivent toujours être pris dans *la commune même* (art. 409).

Mais n'était-ce pas précisément afin de s'assurer du concours personnel des parents ou alliés, sans les forcer à des déplacements pénibles, que le législateur a tracé le cercle étroit dans lequel ils doivent être pris? Sans doute! et il faut avouer dès lors que la faculté, qui leur est ici accordée à tous sans distinction, de se faire représenter par un mandataire, n'est point entièrement d'accord avec cette première pensée du législateur. Mais peut-être a-t-il craint qu'il ne fût assez souvent difficile de réunir en personne tous les membres du conseil de famille et qu'il n'en résultât des remises et des lenteurs préjudiciables.

294. — Quoi qu'il en soit, il importe que le mandataire puisse, autant que possible, remplacer utilement le membre du conseil de famille, dont il a le mandat; et de là les conséquences suivantes :

1° Il ne doit pas représenter plus d'une personne (art. 412); autrement les intérêts du mineur seraient moins débattus; et il n'y aurait pas d'ailleurs de motif pour que tout le conseil ne fût représenté par un seul individu; et alors plus de discussion! plus de délibération!

295. — 2° Il ne doit pas recevoir de mandat impératif, ni apporter à la réunion un vote tout fait, que les lumières de la discussion et les renseignements, qui seraient fournis, ne pourraient pas modifier.

Le mandat ne doit point, par exemple, s'il s'agit de nommer un tuteur, désigner la personne à laquelle le fondé de pouvoir devrait nécessairement donner son suffrage.

M. Duranton, en disant que *cela n'est pas nécessaire* (t. III, n° 456), ne va pas assez loin, selon moi (comp. aussi Metz, 24 brumaire, an XIII, Sirey, VI, 2-5; Paris, 26 avril 1851, Rousset de Vauxonnes, Dev., 1851, II, 285; et les *Observations* de M. P. Gilbert, *hoc loc.*).

Je crois qu'il faut dire qu'un tel mandat est contraire à l'essence même de l'objet qu'il se propose, c'est-à-dire de la *délibération* à laquelle le mandataire doit assister; le juge de paix ne devrait donc point l'admettre, et le mandant serait considéré comme défaillant (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 181; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 611; Taulier, t. I, p. 30; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 396; Aubry et Rau, t. I, p. 344).

296. — 3° Enfin, celui qui ne serait point capable personnellement d'être membre du conseil de famille (art. 442, 445), ne peut pas davantage s'y présenter comme mandataire (Orléans, 12 janvier 1850, Carpentier, D., 1850, II, 60).

Il est vrai qu'aux termes de l'article 1990, les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; mais c'est qu'alors le mandant, par un tel choix, ne compromet que ses intérêts personnels, tandis que le membre du conseil de famille, mandataire lui-même de la loi, compromettrait les intérêts du mineur qu'elle lui confie.

297. — Tout parent, allié ou ami, convoqué régu-

lièrement (*supra*, n° 288) et qui, sans excuse légitime, ne comparaîtra point, encourra une amende qui ne pourra excéder cinquante francs (art. 413).

La loi, ne fixant que le *maximum*, le juge de paix peut abaisser le *minimum* de l'amende aussi bas qu'il le croit convenable.

C'est à lui qu'il appartient d'apprécier si l'excuse est *légitime* (art. 413), si elle est *suffisante*; pure question de fait à décider, d'après les explications qui lui sont fournies soit par lettres du non-comparant, soit par un des membres présents, ou même par les faits qui sont à sa connaissance personnelle.

298. — L'amende est prononcée sans appel (art. 413).

Mais la loi n'interdit pas la voie de l'opposition; et le juge de paix peut certainement relever de la condamnation le membre non comparant, qui lui présente ensuite une légitime excuse.

299.— Le juge de paix doit prendre d'ailleurs en pareil cas, le parti qui lui paraît le plus utile au mineur.

Il peut donc :

Soit *ajourner* la tenue de l'assemblée, c'est-à-dire la remettre à un jour indéterminé, pour ne la réunir qu'après nouvelle convocation;

Soit la *proroger*, c'est-à-dire la remettre à un jour fixe et sans convocation nouvelle;

Soit la faire délibérer de suite, si, malgré la non-comparution de l'un ou même de quelques-uns de ses membres, elle était en nombre suffisant (art. 415);

Soit enfin appeler, pour un autre jour ou même immédiatement, un autre membre, en remplacement du non-comparant.

Cette faculté d'ajournement et de prorogation appartient du reste au juge de paix, dans tous les cas où il en croit l'exercice utile; comme si, par exemple, la

discussion ne lui paraît pas encore épuisée ; si de nouveaux renseignements sont nécessaires, etc.

300. — Il est convenable que l'assemblée se tienne chez le juge de paix, et que les membres du conseil se rendent chez ce magistrat, qui en est le président.

Telle est en effet la règle de *plein droit* (art. 415) ; et il n'est pas, dès lors, nécessaire que la citation indique le lieu de la réunion.

Le juge de paix toutefois peut lui-même choisir un autre local, comme par exemple une des salles de la justice de paix ou même la demeure de l'un des membres du conseil.

Dans ce cas, la citation ou l'avertissement doit en faire mention (art. 415).

301. — Les séances du conseil de famille ne sont point publiques ; et l'article 8 du Code de procédure n'est point ici applicable.

Nous ne sommes pas, en effet, à *l'audience ;* nous sommes dans une réunion de parents, qui délibèrent sur les affaires personnelles, sur les intérêts privés du mineur ; et il n'est pas nécessaire apparemment d'en révéler le secret au public, surtout lorsque le conseil délibère et que rien n'est encore décidé ! (Duranton, t. III, n° 354 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 344 ; Massé et Vergé, t. I, p. 396.)

302. — Mais même après la délibération, les tiers n'auraient pas le droit d'exiger que le greffier de la justice de paix leur en délivrât une expédition.

L'article 853 du Code de procédure ne s'applique qu'aux actes publics, qui doivent être transcrits sur *des registres publics.*

Mais les délibérations des conseils de famille ne sont pas des *actes publics ;* la loi n'a point ordonné qu'ils fussent transcrits sur *des registres publics :* « leur indication sommaire sur les registres de l'enregistrement

contient les mentions, qu'il suffit au public de connaître. » (Cass., 30 déc. 1840, Massénat, Dev., 1841, I, 171.)

303. — Pour que le conseil de famille puisse délibérer, il faut que les trois quarts au moins des membres convoqués soient présents (art. 415).

Des membres convoqués..., dit notre texte.

Donc, le juge de paix n'est pas compris dans ce nombre; car il n'est pas *convoqué;* c'est lui au contraire qui convoque. Et ce mot fut même ajouté tout exprès dans cette intention (Fenet, t. X, p. 611).

Convoqués.... régulièrement, d'après l'article 411 (*supra*, n° 288).

304. — La loi exige la *présence* des trois quarts des membres.

Le membre, qui n'a comparu que pour proposer une excuse et qui s'est retiré après l'admission de cette excuse par le juge de paix, ne doit donc pas être compté. Il n'était pas en effet présent; il n'a pas assisté à la délibération (Agen, 26 mars 1810, Bonis, Sirey, 1811, II, 87).

305. — Par le même motif il faut compter celui qui refuse de prendre part à la délibération, si pourtant il y assiste et s'il y est présent (Bruxelles, 15 mars 1806, Morgat, Sirey, 1807, II, 866).

Pourtant, on peut objecter qu'il ne remplit pas le devoir que la loi lui impose, et que, en réalité, ce n'est pas *comparaître*, dans le sens de la loi, que d'être présent de corps sans concourir, en aucune manière, à la délibération. Est-ce que le juge de paix ne pourrait pas considérer ce membre comme défaillant et le condamner à l'amende ?

La loi aurait pu le décider ainsi ; mais elle ne l'a pas fait ; et dans son silence, je ne crois pas que le juge de paix ait ce pouvoir (Cass., 10 déc. 1828, Le-

hir, D., 1829, I, 61; *Encyclop. du droit*, v° *Conseil de famille*, sect. III, n° 68).

306. — Le nombre des *trois quarts* exigé par l'article 315, supposerait une fraction impossible, d'après le nombre régulier des membres du conseil.

Mais la loi exigeant ce nombre *au moins*, il convient de l'excéder plutôt que de rester au-dessous.

Si donc le conseil est composé de six membres, il en faudra cinq présents (non compris le juge de paix, bien entendu) (Fenet, t. X, p. 611).

S'il est composé de sept membres (art. 408), il en faudra six.

De même qu'il en faudrait six sur huit, neuf sur douze, etc.

307. — C'est le juge de paix qui préside le conseil.

S'il en était empêché, il devrait être remplacé par son suppléant.

Mais aucun des autres membres du conseil, fût-ce le plus âgé, ne pourrait remplacer le juge de paix, dont la présence est l'un des éléments constitutifs et essentiels du conseil de famille (Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 388).

Le tribunal civil ne serait pas non plus autorisé à déléguer un de ses membres pour présider le conseil de famille au lieu et place du juge de paix (comp. Bordeaux, 6 messidor an XII, D., *Rec. alphab.*, t. XII, v° *Tutelle*, p. 700).

308. — Et suivant la règle générale, le greffier assiste le juge de paix, et tient la plume (art. 16 du tarif).

309. — Un article du projet portait que :

« Les fonctions du juge de paix se borneront à la direction et à la rédaction des délibérations de ce conseil. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 133.)

Mais cet article a été supprimé; et il est évident, au

contraire, que le juge de paix doit lui-même prendre une part active à la délibération.

C'est lui sans doute qui la dirige, puisqu'il est président; il pose les questions, il règle l'ordre de la discussion, il recueille les voix; mais il doit aussi discuter et voter lui-même (art. 416; Bordeaux 21 juillet 1808, Palant-Lamirande, Sirey, 1808, II, 268; Paris, 6 oct. 1814, Sirey, 1815, II, 215; Paris, 21 août 1841, Lefebvre, Dev., 1841, II, 488; Lyon, 13 mars 1845, Anier, et Grenoble, 18 déc. 1845, Messirel, Dev., 1846, II, 429; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 339).

310.—Quoique le conseil de famille n'exerce aucune juridiction, il peut du moins dans les limites de la mission domestique qu'il remplit, employer les moyens et prendre les renseignements qu'il croit nécessaires ou utiles pour s'éclairer, demander communication des pièces, appeler le tuteur ou le subrogé tuteur, s'ils ne font pas partie du conseil, etc. (arg. des articles 457, 470, etc.).

311. — Non-seulement le juge de paix a voix délibérative;

Mais sa voix est même prépondérante en cas de partage (art. 416).

312.— En cas de *partage*.

Quel est le sens de ce mot?

N'y a-t-il partage, d'après l'article 416, que lorsque l'assemblée, délibérant en nombre pair, se trouve divisée en deux fractions égales, comme, par exemple, trois contre trois? De telle sorte que la prépondérance de la voix du juge de paix n'aurait d'autre effet que de donner à l'une des deux opinions, la majorité absolue [1], qui manque à chacune d'elle?

Ou, au contraire, le partage existe-t-il, aux yeux de

1. La majorité absolue, c'est-à-dire la moitié, plus un, des suffrages.

la loi, lors même que l'assemblée serait divisée en plusieurs fractions, dont aucune ne formerait la majorité absolue; comme si, par exemple, trois des membres du conseil votaient pour A ; trois autres, parmi lesquels le juge de paix, pour B; et un septième pour C ? de telle sorte que la prépondérance de la voix du juge de paix aurait alors pour résultat de donner à l'une des deux opinions les plus fortes en nombre, la majorité relative, qui, sans cette prépondérance, manquerait à chacune d'elles ?

En d'autres termes, les délibérations du conseil de famille doivent-elles être prises à la majorité absolue des suffrages, ou seulement à la majorité relative ?

Question vivement controversée parmi les interprètes.

Plusieurs enseignent que la majorité relative est suffisante ; et voici les principaux arguments de cette opinion :

1° L'article 416 dispose en termes absolus, que la voix du juge de paix est prépondérante, *en cas de partage*.

Or, il y a *partage*, toutes les fois que l'assemblée se divise, se *partage* en plusieurs opinions ; c'est faire violence à la nature des choses que de restreindre le partage au cas unique où deux opinions égales divisent le conseil (Taulier, t. II, p. 32);

2° l'article 416 suppose, sans doute, le conseil de famille composé régulièrement d'après les articles qui précèdent, c'est-à-dire, au nombre de sept membres, y compris le juge de paix.

Or, d'après cette composition régulière et normale du conseil, il n'y aurait jamais lieu à la prépondérance de la voix du juge de paix, si l'article 416 ne se référait qu'au cas où il ne se forme que deux opinions. L'une des deux, en effet, aurait toujours la majorité

absolue indépendamment de la prépondérance de la voix du juge de paix; il y aurait toujours, d'un côté ou de l'autre, quatre voix contre trois;

Donc, ce n'est pas à cette hypothèse que l'article 416 se réfère; donc, il se réfère, au contraire, à l'hypothèse où l'assemblée est divisée en plusieurs fractions;

3° L'intérêt du mineur voulait qu'il en fût ainsi; on n'aurait pas pu, sans s'exposer à beaucoup de difficultés et de retards, exiger la majorité absolue dans les délibérations du conseil de famille (Toullier, t. II, n° 1121; Proudhon, t. II, p. 323; Zachariæ, t. I, p. 96; Biret, *des Nullités*, t. I, p. 185; Locré, *Esprit du Code Napoléon*, p. 99; Chardon, *des Trois puissances*, t. III, n° 291).

313.—Je vais répondre, et je crois pouvoir démontrer que la majorité absolue est nécessaire :

1° Il est vrai que, d'une manière absolue et philosophiquement, il y a partage, toutes les fois qu'une assemblée se divise, non pas seulement en deux opinions, mais en plusieurs, en trois ou quatre ou cinq opinions différentes, etc.; et, dans ce dernier cas même, le partage n'est que plus intense et plus profond.

Mais la question est de savoir si c'est bien dans ce sens absolu que la loi emploie le mot *partage;* et précisément il est facile d'établir le contraire, et de prouver que cette expression, employée seule par la loi, sans aucune addition, exprime, en règle générale, que deux opinions adverses sont seulement en présence.

Cette preuve résulte, en effet, d'une façon irrécusable, de la comparaison des articles 117 et 118 du Code de procédure;

Or, l'article 416 emploie le mot *partage*, sans aucune explication;

Donc, il se réfère au cas où *il ne se forme pas plus de deux opinions* (comp. art. 117 et 118 précités).

2° Il est vrai que, régulièrement, le conseil de famille doit être composé de sept membres, y compris le juge de paix. Mais cette règle, susceptible de modification, même en droit (art. 408), n'est pas non plus en fait toujours appliquée ; et certainement la loi a pu très-bien supposer dans l'article 416, que l'assemblée serait en nombre pair; elle aurait même été incomplète, si elle ne l'avait pas prévu ; c'est donc à tort que l'on prétend que d'après la composition normale du conseil, l'article 416 ne peut se référer qu'à la majorité relative.

3° Pour ce qui est de l'intérêt du mineur, je suis convaincu qu'il trouvera beaucoup plus de garanties dans la majorité absolue que dans la majorité seulement relative.

La majorité relative, mais c'est la minorité, après tout !

Vous êtes trois ensemble — à la bonne heure !

Mais si les quatre autres se divisent entre eux, ils se réunissent pourtant contre vous; et, dans leur commune opposition à votre vote, ils sont quatre contre trois.

Contre trois ?

Je ne vais pas assez loin ; car ils pourraient être six ou sept contre deux, s'il n'y en avait que deux qui s'entendissent, et que tous les autres eussent exprimé des votes isolés !

Et quand on pense que, dans cette minorité si faible, quoique plus forte que les autres, ou si vous voulez dans cette majorité relative, il peut se trouver une voix personnellement intéressée, la voix, par exemple, de celui qui se nommerait lui-même tuteur, on doit sans doute reconnaître qu'une telle majorité n'est pas aussi rassurante que la majorité absolue.

Celle-ci sera plus difficile à obtenir, il est vrai;

mais c'est précisément afin d'y arriver que la loi a donné la prépondérance à la voix du juge de paix.

La *prépondérance*, entendez-vous?

Ce qui ne veut pas dire que sa voix compte pour deux voix (comme il le faudrait d'après votre système); mais ce qui signifie seulement que, dans le cas où la balance est *égale*, sa voix pèse d'un poids plus fort et la fait pencher du côté où elle se place (Metz, 16 févr. 1812, Bruyère, Sirey, 1812, II, 389; Aix, 10 mars 1840, Imbert, Dev., 1840, II, 346; Delvincourt, t. I, p. 108, note 1; Duranton, t. III, n° 466; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1121, note *b*; Valette sur Proudhon, t. II, p. 323, note *a*; Rolland de Villargues, v° *Conseil de famille*, n° 16; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 614; *Encyclop. du droit*, v° *Conseil de famille*; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 397, 398; Aubry et Rau, t. I, p. 345; Demante, t. II, n° 164 *bis*, I).

314. — Que déciderons-nous pour le cas où il se formerait, dans le conseil, plus de deux opinions, dont aucune n'aurait la majorité absolue?

S'il existe deux opinions, qui aient chacune, par rapport à la troisième, la majorité relative, je crois que nous devrons appliquer, par analogie, l'article 117 du Code de procédure; les membres du conseil, *plus faibles en nombre*, doivent donc se réunir *à l'une des deux opinions qui auront été émises par le plus grand nombre* :

Trois pour A, trois pour B, deux pour C.

Les deux voix, qui ont voté pour C, devront alors se réunir à l'une des deux autres fractions (Duranton, Valette, Marcadé, Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, Zachariæ, Aubry et Rau, Massé et Vergé, *supra*).

315. — Mais il peut arriver que ce moyen de solution nous manque :

Soit parce que les membres de l'opinion la plus faible

en nombre ne voudraient pas se réunir à l'une des deux opinions, qui ont la majorité relative;

Soit parce que les trois opinions seraient représentées par un nombre égal de voix (deux pour A, deux pour B, deux pour C), ou que même l'une d'elles ayant la majorité relative par rapport aux deux autres, celles-ci se trouveraient égales entre elles (trois pour A, deux pour B, deux pour C).

On pourrait même supposer encore une plus grande dissémination de suffrages; une opinion par exemple représentée par deux voix; puis, quatre ou cinq autres opinions différentes représentées chacune par une voix isolée.

Comment faire alors? Et le moyen de sortir de ce conflit?

On a proposé divers expédients; mais il faut avouer qu'aucun d'eux n'est exempt d'objections.

Ainsi, par exemple, on a dit (par argument de l'article 118 du Code de procédure) qu'il y aurait lieu d'appeler un nouveau membre, parent, allié ou ami, dans le conseil, pour le départager (Duranton, t. III, n° 466; Marcadé, t. II, art. 416, n° 2), ou même, s'il y a nécessité, d'appeler plusieurs nouveaux membres (Taulier, t. II, p. 33).

Mais précisément ce moyen semble avoir été rejeté par la loi.

Le projet portait d'abord :

« En cas de partage, et si le conseil ne peut s'accorder sur le choix du départageant, il sera nommé par le juge de paix. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 133.)

Tronchet proposa de charger le juge de paix de départager le conseil, par la prépondérance de son vote, parce que la nomination du tuteur serait trop différée, s'il fallait s'en rapporter à un autre départageant; car il aurait été nécessaire alors de recommencer la déli-

bération en présence du nouveau membre (Locré, p. 184). En conséquence cette disposition fut retranchée du projet.

316. — L'un des partisans de la doctrine qui exige la majorité absolue, se contenterait lui-même de la majorité relative, lorsque les moyens d'obtenir l'autre sont impossibles et ont été inutilement employés (Marcadé, *loc. supra cit.*).

317. — D'autres, enfin, ont proposé d'en référer au tribunal (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 614); et la Cour d'Aix dans son arrêt précité, décide en effet qu'il appartient aux magistrats de porter remède à cette situation, en ordonnant, par exemple, s'il y a lieu, la convocation d'un nouveau conseil, auquel ne seraient pas appelés ceux des membres du conseil dissous, dont l'obstination aurait empêché la délibération d'aboutir à un résultat.

Ce dernier moyen me paraît, dans le silence de la loi sur cette question, le plus sage et le plus conforme aux principes généraux de ce sujet (arg. de l'article 883).

On lui a reproché aussi, je le sais, de punir d'une exclusion imméritée et illégale les membres du conseil, qui avaient cru de leur devoir peut-être de persister dans l'opinion qui leur paraissait la meilleure (*Encyclop. du droit*, v° *Conseil de famille*, n° 86).

Mais je ne suis que médiocrement ému de cette objection; et je crois peu qu'en général ces convictions si intraitables soient tout à fait exemptes d'amour-propre et d'entêtement.

Et puis, après tout, il faut bien en finir; il faut que la tutelle fonctionne! Si donc le conseil de famille se divise et ne peut pas produire une délibération, le tribunal avisera; et je pense aussi qu'il pourra, suivant les cas, décider qu'on appellera un nouveau membre, ou que les éléments de la composition du conseil se-

ront modifiés (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 345; Massé et Vergé, t. I, p. 397, 398; *voy.* pourtant Demante, t. II, n[os] 164 *bis*, I et II).

318. — « Toutes les fois que les délibérations du « conseil de famille ne sont pas unanimes, l'avis de « chacun des membres qui le composent (y compris le « juge de paix), sera mentionné dans le procès-ver- « bal. » (Art. 883 procéd.)

D'après un arrêt de la Cour de Metz (16 févr. 1812, Bruyère, Sirey, 1812, II, 389), cette disposition ne serait applicable qu'aux délibérations sujettes à homologation; et telle est aussi la doctrine de MM. de Fréminville (I, 109), et Magnin (I, 349).

Mais la généralité absolue du texte repousse, selon nous, toute distinction de ce genre; et les motifs de la loi ne s'y opposent pas moins; toute délibération, en effet, même celle qui n'est pas sujette à homologation, pouvant être attaquée (comp. Toulouse, 22 févr. 1854, Casse-Barthe, Dev., 1854, II, 197), et la demande en annulation devant être formée contre ceux des membres du conseil de famille, qui ont été d'avis de la résolution qui a été adoptée, il faut bien que le procès-verbal fasse connaître les noms de ceux qui ont voté *pour*, et les noms de ceux qui ont voté *contre*.

Toutefois la loi, en exigeant que l'avis, c'est-à-dire l'opinion exprimée par chacun des membres, soit énoncé, n'exige pas l'énonciation des motifs de ces avis, motifs qui pourraient être fâcheux pour des tiers.

319. — L'article 447 confirme lui-même cette règle générale, par l'exception qu'il y apporte en ce qui concerne la délibération, qui prononce l'exclusion ou la destitution du tuteur.

Cette dernière délibération, lors même qu'elle serait prise à l'unanimité, doit être motivée; en effet, le tu-

teur, qui est l'objet d'une mesure si sévère, a bien le droit de savoir pourquoi il est frappé.

Au reste, dans les autres cas, lorsqu'il s'agit d'intérêts purement matériels, le conseil motive souvent sa délibération; car ces motifs alors, sans avoir d'inconvénients, ont l'avantage de mieux faire connaître l'opinion du conseil (comp. Cass., 17 nov. 1813; Menesson, Sirey, 1814, I, 74; Paris, 11 déc. 1821; Ducayla, Sirey, 1822, II, 161; Toulouse, 5 juin 1829, Dalboy, D., 1829, II, 252; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 347; Taulier, t. I, p. 36; *Encyclop. du droit*, v° *Cons. de fam.*, n° 91).

§ III.

Quel est le caractère et quels sont les effets des délibérations du conseil de famille? — Peuvent-elles être attaquées? — Dans quels cas? — Par qui? — Comment? — Et pendant combien de temps?

SOMMAIRE.

320. — Le conseil de famille n'est point un tribunal; il ne rend pas des jugements. — Il exprime seulement des avis ou prend des délibérations.
321. — Dans quels cas le conseil de famille donne-t-il des avis?
322. — Suite. — Du cas où c'est le tuteur qui demande au conseil de famille un avis.
323. — Des délibérations du conseil de famille.
324. — Suite.
325. — Les délibérations du conseil de famille sont-elles sujettes à l'homologation du tribunal?
326 — Les délibérations du conseil de famille peuvent être l'objet d'un recours, d'une attaque devant la justice.
327. — Elles peuvent d'abord être attaquées pour cause de violation des formes.
328. — Dans quels cas l'inobservation des formes ou conditions prescrites par la loi, peut-elle faire considérer le conseil comme illégal, et entraîner, par suite, la nullité de ses délibérations?
329. — Suite.
330. — Suite.
331. — Suite.
332. — Suite.

320. — Le conseil de famille n'est point un *tribunal ;* il n'exerce aucune espèce de juridiction. Le juge de paix le préside, en quelque sorte, comme chef officiel de la famille ; et si l'on dit souvent que les charges de la tutelle, celles de tuteur, de membre du conseil de famille, sont des charges publiques, c'est seulement en ce sens qu'elles sont déférées, au nom d'un intérêt général, par la loi qui ne permet pas de s'y soustraire.

Le conseil de famille ne rend donc pas des *jugements*.

Sa mission est d'exprimer des *avis* ou de prendre des *délibérations* (comp. Turin, 5 mai 1810, Sirey, 1811, II, 37; Cass. 30 déc. 1840, Massenat, Dev.. 1841, I, 171; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 334; Massé et Vergé, t. I, p. 388; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n 633).

321. — *Avis* ou *délibérations*, tel est en effet le double caractère que l'on peut assigner aux actes du conseil de famille, quoique l'intitulé du titre X de la IIe partie du livre Ier du Code de procédure, les confonde indistinctement sous le nom d'*avis*.

Le conseil de famille donne un *avis* proprement dit, lorsqu'il se borne à exprimer son opinion, son sentiment sur telle ou telle question, qui lui est soumise soit par le tribunal, soit par le tuteur.

Dans certains cas, la loi fait au tribunal un devoir de prendre l'avis de la famille (art. 494 C. Nap.; 892, 893 procéd.).

Les magistrats ont certainement toujours aussi le droit, la faculté de la consulter, lorsqu'ils le jugent convenable (*voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 391).

322. — Nous verrons également que le tuteur, dans plus d'une circonstance, peut lui-même désirer de prendre l'avis du conseil de famille; il peut en requérir à cet effet la convocation.

Mais pourtant, s'il s'agissait en effet d'un acte d'administration, que le tuteur eût qualité pour faire seul, et si aucun texte ne l'obligeait à prendre l'avis du conseil, nous croyons qu'il faudrait en conclure :

1° Que le conseil ne serait pas rigoureusement obligé de délibérer ni de donner un avis;

2° Que s'il avait exprimé un avis, le tuteur serait libre de ne pas le suivre ;

3° Que s'il l'avait suivi, sa responsabilité personnelle, qui pourrait et qui devrait même, en fait, être appréciée moins sévèrement, demeurerait, en droit, toujours la même.

323. — Les *délibérations* sont les actes par lesquels le conseil de famille remplit la part d'attributions, qui lui est conférée, soit pour l'organisation, soit pour l'administration de la tutelle.

Telles sont d'abord les résolutions par lesquelles il nomme le tuteur et le subrogé tuteur; par lesquelles il statue sur les causes d'excuses, d'exclusion et de destitution de l'un et de l'autre (art. 402, 420, 439, 442 ; ajout. art. 395, 396, 505).

Tels sont ensuite les actes par lesquels il prescrit directement quelque mesure (art. 454 et suiv.), ou par lesquels il statue sur les demandes qui lui sont adressées par le tuteur, afin d'obtenir son *autorisation* dans le cas où elle est exigée (art. 457, 463, 464, 468 ; ajout aussi art. 160, 479).

324. — Il me paraîtrait peu utile de tracer ici la nomenclature des diverses attributions du conseil de famille.

Ces attributions ne sont pas, si je puis dire ainsi, isolées; elles se rattachent au contraire aux attributions du tuteur, dont elles sont inséparables ; nous exposerons donc en même temps les unes et les autres, lorsque nous parlerons de *l'administration du tuteur*.

325. — Parmi ces délibérations, les unes ont effet par elles-mêmes, et sans aucune autre condition ;

Les autres sont soumises au contraire à la nécessité de l'homologation, c'est-à-dire à l'approbation du tribunal de première instance (*voy.* les articles 885, à 889 du Code de procédure).

La règle, à cet égard, nous paraît être que les délibérations du conseil de famille sont exécutoires par

elles-mêmes, et qu'elles ne sont soumises à la condition de l'homologation judiciaire que dans les cas où la loi l'a spécialement exigée.

Voilà ce qui résulte, ainsi que nous le verrons bientôt, des différentes dispositions du législateur, qui exige toujours, en effet, spécialement cette homologation dans les cas où il a jugé qu'elle était nécessaire (comp. art. 457, 458, 463, 464, etc.).

326. — Le Code Napoléon n'avait pas établi un mode de recours ou d'attaque contre les délibérations du conseil de famille; du moins ne s'en expliquait-il qu'en ce qui concerne l'hypothèse toute spéciale de la délibération, qui rejette les excuses proposées par le tuteur, ou qui prononce son exclusion ou sa destitution (art. 439, 448, 449; ajout. art. 426).

C'est le Code de procédure qui a généralisé et organisé ce mode de recours (art. 883, 884, 889).

Le législateur a cru, avec raison, que les délibérations des conseils de famille pouvaient n'être pas exemptes de légèreté ou d'erreur, et que les intérêts qu'elles affectent, étaient assez graves pour qu'on les soumît à l'examen de la justice.

Les magistrats peuvent donc ainsi modifier ou réformer la décision du conseil de famille; et il est vrai de dire alors que c'est leur *avis* et non celui de la famille qui est suivi.

327. — Les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées soit en la forme, soit au fond.

En la forme d'abord, c'est-à-dire lorsque les règles relatives à la composition, au mode de convocation ou de délibération du conseil, n'ont pas été observées.

328. — Mais dans quels cas l'inobservation de ces règles doit-elle faire considérer le conseil comme illégal, et entraîner par suite la nullité de ses délibérations?

Le Code est tout à fait muet sur ce point.

Direz-vous, en conséquence, que jamais il n'y aura nullité, puisque la loi ne l'a pas prononcée ?

Mais c'est impossible !

Il y a de telles irrégularités, de tels vices, qu'ils affectent évidemment l'existence juridique du conseil de famille.

Est-ce qu'il y aurait un conseil de famille sans la présence du juge de paix ?

Et si on n'avait appelé que deux parents, si on n'avait appelé que des femmes, verriez-vous encore là un conseil de famille ?

Mais alors il n'y aurait plus, à vrai dire, de règle, plus de loi ! et les intérêts du mineur pourraient être souvent très-facilement compromis.

Direz-vous, au contraire, que toujours la nullité devra être prononcée, quelle que soit l'irrégularité qui ait été commise? (Delvincourt, t. I, p. 108, note 3.)

Mais ce n'est pas moins impossible, en raison, en équité, en droit.

On a appelé, par exemple, un parent du cinquième degré au lieu d'un parent du quatrième degré de la même ligne, ou bien on n'a pas observé le délai de trois jours exigé par l'article 411 entre la citation et le jour de la convocation. D'ailleurs tout est régulier et irréprochable. Serait-il raisonnable de prononcer alors la nullité, toujours et quand même? Mais les tiers alors n'oseraient plus, ne voudraient plus rien faire, rien traiter avec les représentants du mineur; d'autant moins que les tiers n'ont pas toujours le moyen facile de s'assurer si toutes les conditions ont été scrupuleusement remplies; et l'excès même de votre sollicitude pour le mineur tournerait ainsi à son détriment, en l'isolant, en rendant moins sûres, et par cela même plus difficiles et plus désavantageuses pour lui,

les négociations qui le concernent! Il n'est certes pas croyable que telle ait pu être l'intention du législateur.

Ces deux solutions extrêmes ne sont donc pas plus admissibles l'une que l'autre.

329. — La vérité ne peut être dès lors que dans une opinion intermédiaire, qui interprète le silence du législateur, en ce sens qu'il s'en est remis aux magistrats du soin d'apprécier, en fait, le caractère plus ou moins grave de l'irrégularité signalée, pour valider ou pour annuler en conséquence la délibération.

Et voici les principales considérations qui me paraissent devoir les diriger dans cette appréciation.

On devra examiner :

1° Si la règle qui a été violée, est ou n'est pas une condition substantielle de l'existence juridique d'un conseil de famille.

Je considérerais, pour ma part, comme telle, la disposition qui exige la présence du juge de paix, et celle des trois quarts au moins des membres convoqués.

330. — 2° Si l'irrégularité a été commise par erreur seulement, ou bien au contraire à dessein; si par exemple, on n'a appelé le parent le plus éloigné, qu'afin d'écarter le parent le plus proche, dont on craignait l'opposition à la mesure que l'on voulait faire adopter.

331. — 3° Si les tiers ont connu l'irrégularité.

Ce n'est pas que je pense que ce soit là une condition juridiquement indispensable; et MM. Duranton (t. III, n° 479) et Taulier (t. II, p. 35) vont un peu trop loin, selon moi, lorsqu'ils enseignent, en principe, que la bonne foi des tiers doit toujours faire réputer valables, en ce qui les concerne, les délibérations émanées d'un conseil de famille, même le plus irrégulièrement composé.

Les arguments déduits par M. Duranton de la loi 3,

ff. *de Officio prætorum,* et des articles 1240 et 2209 du Code Napoléon, ne me paraissent pas suffisants pour justifier la trop grande généralité de sa doctrine. Il ne s'agit pas en effet ici d'officier public, de magistrat public, dont les tiers n'auraient point qualité pour examiner les pouvoirs et contester l'investiture ; il ne s'agit pas non plus des hypothèses spéciales des articles 1240 et 2209. Les tiers ont parfaitement qualité pour vérifier si l'organisation de la tutelle est régulière; aucun obstacle de droit ni de fait ne les en empêche. Enfin la doctrine qui accorderait à l'ignorance, à la bonne foi des tiers, cet effet absolu, mettrait un très-grand péril, pour les intérêts du mineur, dans cette organisation même de la tutelle, qui a pour but de les protéger.

Je n'admets donc pas absolument cette doctrine; mais cela ne m'empêche pas de reconnaître qu'en fait, la bonne foi des tiers pourra être un élément considérable de détermination pour les magistrats.

332. — 4° Enfin le tribunal examinera si l'irrégularité commise a été préjudiciable au mineur, et dans quelle mesure.

Cette considération est l'une des plus graves ; car le but essentiel de la tutelle est précisément de sauvegarder les intérêts du mineur.

333. — Ce système, qui nous paraît le meilleur, est celui qui rallie généralement les suffrages de la doctrine (Toullier, t. II. n° 1119; Valette sur Proudhon, t. II, p. 328 ; Zachariæ, t. I, p. 197 ; Marchant, *de la Minorité,* p. 134 ; de Fréminville, t. I, n° 85).

Quant à la jurisprudence, ses nombreux arrêts sur ce point offrent, à première vue, très-peu d'harmonie ou plutôt même beaucoup de divergence ; mais cette divergence s'explique très-bien dans le système que nous proposons, et d'après lequel la nullité doit ou ne doit pas être prononcée en fait, suivant les circon-

stances de chaque espèce. Je déclare, toutefois, que parmi les arrêts qui suivent, quelques-uns ont posé des principes, qui me paraissent trop absolus (comp. Cass., 22 juillet 1807, Phélippeaux, Sirey, 1807, I, 319; Lyon, 15 février 1812, Chanteret, Sirey, 1813, II, 289; Colmar, 27 avril 1813, Rœderer, Sirey, 1814, II, 48; Angers, 29 mars 1821, Delelée-Préaux, Sirey, 1821, II, 260; Toulouse, 5 juin 1829, Delboy, Sirey, 1829, II, 313; Cass., 30 avril 1834, Roulet, D., 1834, I, 340; Aix, 19 mars 1835, Mayen, Dev., 1835, II, 478; Cass., 3 avril 1838, Bernard, Dev., 1838, I, 368; Lyon, 13 mars 1845, Anier, et Grenoble, 18 déc. 1845, Messirel, Dev., 1846, II, 429; Caen, 30 août 1847, Corbin-Desboissières, Dev., 1848, II, 527; Cass., 26 janvier 1848, Sauvage, Dev., 1848, I, 177; Cass., 19 août 1850, Boisgonthier, Dev., 1850, I, 644; Lyon, 14 juill. 1853, De C...., Dev., 1853, II, 618).

334. — Les délibérations du conseil de famille peuvent aussi être attaquées *au fond*, c'est-à-dire lorsque l'on prétend qu'elles sont contraires aux intérêts du mineur (art. 883 procéd.).

Cette proposition ne souffre pas de difficulté, en ce qui concerne les délibérations, qui ont pour objet l'administration des biens du mineur.

335. — Mais c'est au contraire une question controversée que celle de savoir s'il en est de même des délibérations qui nomment un tuteur, un subrogé tuteur ou un curateur?

Pour soutenir que ces nominations faites par le conseil de famille, peuvent être également attaquées devant le tribunal, on peut raisonner ainsi :

1° Le texte de l'article 883 du Code de procédure est général : « *Toutes les fois que,* » etc.

2° Le motif, sur lequel cet article est fondé, existe aussi dans tous les cas.

On a craint, de la part des membres du conseil de famille, la légèreté, le défaut d'examen et de réflexion, peut-être aussi d'autres influences plus mauvaises encore et plus dangereuses ; et voilà pourquoi on n'a pas voulu que ses délibérations pussent compromettre, d'une manière irréparable, les intérêts du mineur ;

Or, ces considérations-là n'ont pas certes moins de gravité, lorsqu'il s'agit de l'organisation du personnel de la tutelle ! Il est évident que la délibération, qui nomme le tuteur, est l'une des plus importantes pour la personne et pour les biens du mineur ;

Donc, la loi a dû l'entourer des mêmes garanties que les autres délibérations.

Comment ! le conseil de famille aurait nommé tuteur d'une jeune fille un homme de mœurs suspectes ; ou bien c'est à un failli qu'il aurait confié l'administration des capitaux du mineur ; et de telles nominations seraient absolument irréparables !

3° Supposez encore que le conseil de famille, composé de parents et d'alliés du mineur, rejette le fardeau de la tutelle sur un parent ou sur un allié d'un degré plus éloigné qu'eux, ou sur un étranger, qui n'a pas même été appelé à faire partie du conseil. Est-ce qu'il n'y a pas là une espèce de trahison au préjudice du mineur, et une fraude à la loi, au préjudice de celui qu'ils n'ont évidemment chargé de la tutelle, que pour s'exonérer eux-mêmes de ce devoir, qui était, avant tout, le leur ? N'est-il pas juste alors que ce tiers lui-même puisse réclamer contre la délibération ? (Cass., 13 octobre 1807, Dasnières, D., 1807, I, 473 ; Cass., 1er février 1825, Freissinet, D., 1825, I, 108 ; Merlin, *Rép.*, t. XIV, v° *Tutelle*, sect. II, § 3, art. 3, n° 7 ; Delvincourt, t. I, p. 108, note 3 ; Zachariæ, t. I, p. 198 ; Augier, *Encyclop. des juges de paix*, t. V, v° *Tutelle*, sect. IV, n° 3 ; Rodière, III, p. 348).

336. — Je crois pouvoir établir, au contraire, que ces sortes de délibérations ne peuvent point être attaquées.

Mais, avant tout, précisons nettement la question.

Nous supposons, bien entendu, qu'il n'est présenté, soit contre l'individu nommé tuteur, soit par lui-même, aucune cause légale d'incapacité ou d'excuse. Il est clair en effet que s'il s'agissait d'une délibération qui aurait rejeté l'excuse présentée par le tuteur ou le subrogé tuteur, ou qui aurait nommé une personne incapable d'être tutrice, il est clair, disons-nous, que cette délibération pourrait être attaquée (art. 440, 442 et suiv.).

Mais telle n'est pas notre question.

On veut aller plus loin ; et on prétend que les nominations faites par le conseil de famille, sont toujours susceptibles d'être soumises au contrôle des magistrats.

Or, voilà ce qui me paraît inadmissible ; et je souiens que ces sortes de délibérations ne peuvent point être déférées aux magistrats, lors même qu'elles n'auraient pas été prises à l'unanimité :

1° C'est au conseil de famille lui-même, que la loi confère le droit de nommer, dans certains cas, le tuteur ; ce droit lui est propre, de même que le droit de nommer un tuteur testamentaire est propre au dernier mourant des père et mère ;

Or, la nomination faite par le dernier mourant des père et mère ne pourrait pas, bien entendu, être déférée à la révision du tribunal ;

Donc, il en est ainsi de la nomination faite par le conseil de famille, qui, encore une fois, exerce alors la même attribution.

C'est l'argument par lequel nous croyons avoir déjà établi ailleurs que la délibération du conseil de famille qui donne ou refuse son consentement au mariage pro-

jeté du mineur, ne peut point être attaquée devant le tribunal (*voy.* notre t. III, n° 86).

Qu'on n'oppose donc pas la généralité des termes de l'article 883 du Code de procédure. Cet article, en effet, ne concerne que les délibérations relatives à l'administration des biens; et c'est dans cette limite seulement qu'il est général.

En voici la preuve :

Lorsqu'il s'agit d'une délibération relative au *matériel* de la tutelle, le tribunal ou la cour peuvent réformer cette délibération et décider eux-mêmes ce qui devra être fait dans l'intérêt du mineur ;

Or, je ne crois pas que ceux qui soutiennent que les délibérations relatives au *personnel*, peuvent aussi être attaquées, je ne crois pas qu'ils prétendent que les magistrats pourront, en réformant la délibération qui nomme un tuteur, en nommer eux-mêmes un autre à sa place ;

Donc, ils conviennent aussi que l'article 883 n'est pas applicable; donc, ils reconnaissent que ce droit de nomination appartient exclusivement au conseil de famille.

On ordonnera, dites-vous, une nouvelle convocation, afin de procéder à la nomination d'un autre tuteur !

Mais que ferez-vous, si les membres du conseil croient devoir persister dans leur premier choix ?

2° Le Code Napoléon autorise le conseil de famille 1° à nommer le tuteur, le subrogé tuteur, 2° à prononcer sur les excuses qu'ils proposent; 3° à les destituer.

Eh bien ! autorisait-il également, dans ces trois cas, le pourvoi contre la délibération ?

Non ! il ne l'autorisait que dans les deux derniers (art. 439, 448).

Donc, ce point-là était déjà réglé par le Code Napoléon lui-même.

C'est qu'en effet lorsqu'il s'agit de ces questions de personnes, de la question de savoir si tel individu convient ou ne convient pas à la tutelle, on a pu croire qu'il importait de laisser au conseil de famille toute son indépendance.

3° Mais, dites-vous encore, s'il faisait un choix détestable, il n'y aurait donc pas de remède?

Eh mon Dieu! est-ce que la tutelle *légitime* ne pourrait pas aussi échoir à un parent peu recommandable? Est-ce que le dernier mourant des père et mère ne pourrait pas avoir été aussi très-peu clairvoyant dans son choix?

Cette objection s'adresserait donc à tous les modes de nomination; et elle est même moins grave, en ce qui concerne la tutelle dative, qui est déférée, en connaissance de cause, par une assemblée que préside le juge de paix, et dont les membres exposeraient même leur responsabilité personnelle, s'ils faisaient un choix évidemment compromettant pour le mineur (*infra*, n° 352).

Et puis enfin il ne faut pas supposer trop facilement que toute la famille du mineur trahisse ainsi ses devoirs!

4° L'hypothèse où les membres du conseil de famille auraient chargé de la tutelle un parent éloigné, ou même un individu non parent, afin de s'en exonérer eux-mêmes, cette hypothèse paraît à première vue, j'en conviens, délicate; et je ne demande pas mieux que de reconnaître qu'il peut y avoir là, de leur part, beaucoup d'égoïsme et un abus véritable; abus peut-être d'autant plus à craindre, que la tutelle est une charge très-lourde et que toute l'habileté de chacun s'emploie le plus souvent à la conjurer. C'est à qui ne sera pas tuteur!

Mais d'abord, notez bien que ce n'est plus alors de

l'intérêt du mineur qu'il s'agit, c'est seulement de l'intérêt du tiers qui a été nommé tuteur.

Eh bien ! ce tiers, après tout, n'a pas d'excuse légale; s'il avait été nommé tuteur par le dernier mourant des père et mère, il aurait été forcé d'accepter (art. 401, 432); or, le conseil de famille a, sous ce rapport, le même droit de nomination que le dernier mourant des père et mère.

Et puis, enfin, où vous arrêteriez-vous dans cette voie ?

Le tiers se plaint de ce qu'il a été nommé tuteur, tandis qu'il y a des parents plus proches que lui.

Mais la loi ne dit pas que c'est le parent ou l'allié le plus proche qui doit être nommé tuteur. Pothier, il est vrai, a écrit « qu'un parent d'un degré plus éloigné qui est élu tuteur, pendant qu'il y en a de plus proches, idoines, capables, suffisants et sans excuse, est bien fondé à appeler de sa nomination.... » (*Traité des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. IV, art. 1, § 2.)

Mais cette doctrine ne serait plus exacte aujourd'hui. Ce n'est plus le juge qui nomme le tuteur ; c'est le conseil de famille lui-même ; et aucun texte ne déclare que c'est le plus proche parent qui doit être élu. Il est ordinaire sans doute, il est convenable que ce soit le plus proche ; et la loi elle-même, en appelant au conseil de famille le plus proche par préférence au plus éloigné, annonce ainsi qu'il est dans sa pensée qu'on appelle également le plus proche à la tutelle ; mais néanmoins il n'y a point de texte en ce sens ; et on conçoit la différence. Il n'y a pas d'inconvénient à appeler toujours le plus proche au conseil de famille, tandis que le plus proche ne serait pas toujours le meilleur pour les fonctions beaucoup plus difficiles de tuteur (*voy.* encore *supra*, n° 140 ; comp. Lyon, 15 févr. 1812, Chanteret, Sirey, 1812 II, 289; Paris, 6 oct. 1814,

Caroillon, Sirey, 1815, II, 215; comp. Duranton, t. III, n° 477; Taulier, t. II, p. 37; Chardon, *Puiss. tut.*, t. III, n°s 353, 356, 375, 376; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 349, 350; Massé et Vergé, t. I, p. 401).

337. — Les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées soit par le tuteur ou le subrogé tuteur (ou le curateur), soit par les membres de l'assemblée (art. 883 procéd.).

Mais le ministère serait sans qualité à cet égard; et il en est de même du juge de paix qui a présidé le conseil de famille (comp. *supra*, n° 287; Cass., 26 août 1807, Sirey, 1807, I, 437; Cass., 8 mars 1814, Sirey, 1814, I, 278; Orléans, 23 févr. 1837, Pastoret, Dev., 1838, II, 69.)

C'est ordinairement par les membres de la minorité ou par l'un d'eux, que la délibération prise par la majorité, est attaquée. L'article 883 le suppose formellement.

338. — Mais s'ensuit-il que ceux des membres qui auraient voté pour la résolution qui a été adoptée, ou qui y auraient ensuite acquiescé, ne soient pas recevables à l'attaquer.

Tel est l'avis de Delvincourt (t. I, p. 108, note 3), de M. Taulier (t. II, p. 37), et des auteurs de l'*Encyclopédie du droit* (v° *Conseil de famille*).

L'opinion contraire toutefois a aussi ses autorités (Lyon, 15 févr. 1812, Chanteret, Sirey, 1813, II, 289; Colmar, 27 avril 1813, Rœderer, Sirey, 1814, II, 48; Angers, 29 mars 1821, Delelée-Préaux, Sirey, 1821, II, 260; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 348).

Pour moi, je penserais qu'en effet le mode de procéder tracé par l'article 883, ne pourrait pas être employé par les membres qui ont voté pour la résolution qui a été adoptée.

Est-ce à dire, pour cela, qu'ils soient enfermés dans

leur propre vote, et qu'ils n'aient aucun moyen de réparer, dans l'intérêt du mineur, l'erreur qu'ils reconnaissent maintenant avoir commise?

Cette conclusion ne me paraîtrait pas sage. Seulement, je ne crois pas qu'ils doivent attaquer la délibération devant le tribunal. La marche à suivre, selon moi, c'est de requérir du juge de paix une nouvelle convocation du conseil de famille, pour lui communiquer les renseignements nouveaux ou les nouvelles observations qui, depuis que la délibération a été prise, ont modifié leur sentiment. Et alors, si le conseil de famille persiste dans cette délibération ou même refuse de rouvrir la discussion, le membre, qui aura requis cette convocation, se trouvera alors de la minorité, et pourra suivre le mode de procédure tracé par l'article 883 (comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 401).

339. — Ceux des parents ou alliés qui, d'après la loi, doivent être appelés à faire partie du conseil de famille, et qui n'y ont point été appelés, nous paraissent aussi avoir qualité pour attaquer la délibération du conseil de famille qui a été irrégulièrement composé.

Il y a là tout à la fois, pour chacun, un droit et un devoir; et il ne peut pas dépendre du juge de paix d'écarter arbitrairement les parents ou les alliés les plus proches ; la bonne composition du conseil se trouve d'ailleurs ainsi plus assurée (Duranton, t. III, n° 479; Zachariæ, t. I, p. 198).

340. —Delvincourt va même jusqu'à permettre au mineur de former cette réclamation (t. I, p. 108, note 3).

Mais je crois que le mineur ne pourrait personnellement intervenir dans l'organisation de la tutelle sans en troubler toute l'harmonie; car cette organisation est fondée tout entière sur le principe qu'il est incapable

d'agir et qu'il lui faut un représentant. Il ne s'agit pas là d'un droit direct et personnel, dont il soit utile de lui laisser l'exercice (*voy.* notre t. VI, nos 400, 401).

341. — Un tiers pourrait aussi attaquer la délibération du conseil de famille, s'il arrivait qu'elle blessât ses intérêts privés.

Et c'est vraiment à ce titre et en son nom personnel que le tuteur a qualité pour se pourvoir contre la délibération, qui a prononcé son exclusion ou sa destitution (art. 448).

342. — La demande, par laquelle on attaque la délibération du conseil de famille, doit être, en règle générale, formée contre les membres qui ont été d'avis de la délibération.

Telle est la loi (art. 883); mais il est regrettable qu'elle n'ait pas décidé que la majorité nommerait un de ses membres pour défendre la délibération, de même que, d'après l'article 882 du Code de procédure, la nomination du tuteur doit lui être notifiée à la diligence d'un membre de l'assemblée qui est désigné par elle. Ce mode aurait été plus simple et moins dispendieux.

343. — Il est bien entendu que le juge de paix ne peut pas être mis en cause; car il est magistrat, et il ne peut être pris à partie que dans les cas expressément déterminés par la loi (Cass., 29 juill. 1812, Pellegrini, Sirey, 1813, I, 32).

344. — Aux termes de l'article 448-3° du Code Napoléon, la demande du tuteur contre la délibération qui prononce son exclusion ou sa destitution, doit être formée contre le subrogé tuteur.

Toullier enseigne que cette disposition a été abrogée par l'article 883 du Code de procédure, et que le tuteur doit maintenant former sa demande contre les membres

de l'assemblée, qui ont été d'avis de la délibération (t. I, n° 1178).

Proudhon laisse au tuteur le choix d'agir, soit contre le subrogé tuteur, d'après l'article 448 du Code Napoléon, soit contre les membres de l'assemblée, d'après l'article 883 du Code de procédure (t. II, p. 349).

Je n'admets ni l'une ni l'autre de ces opinions; et mon avis est que l'article 448 est toujours le seul texte applicable en pareil cas :

1° Parce que cet article forme une disposition spéciale, pour une hypothèse spéciale en effet, et qu'il est de principe que les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales (*voy.* notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 127);

2° Parce qu'il y a des motifs particuliers pour que la demande soit alors formée contre le subrogé tuteur plutôt que contre les membres de l'assemblée; la loi ayant voulu laisser à ceux-ci toute leur indépendance, lorsqu'il s'agit d'une mesure aussi sévère à prendre contre le tuteur, indépendance qui aurait pu se trouver atteinte et altérée par la crainte d'un procès à soutenir personnellement contre lui ;

3° Enfin, parce qu'après tout, ce mode de procéder, qui ne met qu'un seul défendeur en scène, vaut mieux que celui de l'article 883, qui veut qu'on assigne tous les membres de la minorité, et, dès lors, tous les membres du conseil, si la délibération a été unanime, raison de plus pour ne pas l'étendre (*voy.* toutefois *infra*, n° 505; Liége, 7 mars 1831, V... C. V..., Dev., 1834, II, 118; Duranton, t. III, n°s 476 et 514; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1178, note *b*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 354; Massé et Vergé, t. I, p. 403; Marcadé, t. II, art. 448, n° 1; Ducaurroy, Bonnier et

Roustaing, t. I, n° 639; Thomines-Desmazures, *de la Procédure civile*, t. II, n° 1039.

345.—M. Valette enseigne que l'article 883 du Code de procédure autorise les membres dissidents à se pourvoir contre la délibération, qui a prononcé l'exclusion ou la destitution du tuteur, lors même que celui-ci adhérerait à la délibération (Proudhon, t. II, p. 350, note *a*).

Mais alors contre qui formeraient-ils cette demande, si l'article 883 n'est pas ici applicable?

Est-ce que, d'ailleurs, l'article 448 n'accorde pas au tuteur lui-même, à lui seul, ce droit de réclamation?

« Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera « fait mention, et *le nouveau tuteur entrera aussitôt en* « *fonctions....* »

Et, en effet, convient-il que le tuteur soit, malgré lui, traîné à l'audience, pour y entendre discuter sa moralité personnelle, et y voir prononcer une destitution qu'il reconnaît avoir méritée?

346.—Les parents ou alliés, qui ont requis la convocation du conseil, à l'effet de prononcer la destitution du tuteur, peuvent toutefois intervenir dans la cause.

Voilà ce que dit l'article 449, qui me paraît prouver ainsi de plus en plus, que les parents ou alliés ne sont pas nécessairement en cause.

347. — Le tribunal compétent est celui dans l'arrondissement duquel le conseil de famille a été tenu.

348. —Il n'y a pas lieu au préliminaire de conciliation (art. 883 procéd.).

La cause est jugée sommairement (art. 884) et même comme affaire urgente, s'il s'agit de l'exclusion ou de la destitution du tuteur (art. 449 C. Nap.)

349.—Le jugement est sujet à appel (art. 889);

car le conseil de famille n'est pas un tribunal, et ne forme pas un degré de juridiction.

350.—Et, en ce qui concerne le délai d'appel, on suit les règles de droit commun; comme aussi pour ce qui concerne les délais dans lesquels l'opposition devrait être formée, si le jugement ou l'arrêt était rendu par défaut (art. 157, 159, 443 procéd.).

Que si la délibération avait été exécutée et qu'un acte quelconque eût été passé en conséquence avec un tiers, il est clair que le délai pendant lequel la délibération pourrait être attaquée, en ce qui concerne le tiers, se confondrait avec le délai pendant lequel l'acte lui-même serait attaquable (art. 1304, 2262, etc.).

351.—Notez aussi que les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées incidemment, dans le cas où elles sont soumises à l'homologation du tribunal (art. 888 procéd.).

352.—Dans l'un des projets préparatoires, une section intitulée : *Des garanties relatives à la tutelle*, déclarait responsables envers le mineur, *les parents qui avaient concouru à la nomination* d'un tuteur insolvable, si ce tuteur avait mal géré (art. 74).

L'article 76 appliquait la même responsabilité au cas où les membres du conseil de famille, convoqués à la requête du subrogé tuteur, pour changer le tuteur, n'avaient pas fait droit à sa demande (Locré, t. VII, p. 144).

Ces dispositions n'ont pas été insérées dans le Code.

Qu'en faut-il conclure?

Une seule chose, savoir :

Que le Code Napoléon n'a pas voulu, à l'exemple des lois romaines (ff. *de Magistratibus conveniendis*) et de plusieurs de nos anciennes coutumes (Meslé, p. 133, 417, 418; Merlin, *Rép.*, t. XIV, v° *Tutelle*, sect. II, § 5), décréter une responsabilité spéciale contre les

nominateurs du tuteur, et qu'il a laissé au contraire cette question de la responsabilité des membres du conseil de famille sous l'empire des principes de droit commun.

Or il résulte de ces principes:

1° Que les membres du conseil de famille ne sont pas, en général, responsables des conséquences de leurs avis, lorsqu'ils les ont donnés de bonne foi ; ils remplissent, après tout, un office gratuit ;

2° Que pourtant ils seraient responsables, s'ils avaient commis un dol, ou même une faute assez lourde pour qu'elle annonçât de leur part une inattention ou une indifférence inexcusable dans l'exercice du devoir, dans l'accomplissement de l'espèce de mandat, que la loi leur confie. Les magistrats apprécieront (comp. art. 804, 1382, 1383, 1991, etc.; Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Avis de parents* ; Proudhon, t. II, p. 326, 328 ; Duranton, t. III, n 473 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 404 ; Aubry et Rau, t. I, p. 357, 358.)

SECTION III.

DU SUBROGÉ TUTEUR.

SOMMAIRE.

353. — Division.
354. — A. Qu'est-ce que le subrogé tuteur? — Historique.
355. — La loi exige qu'il soit nommé un subrogé tuteur dans toute tutelle.
356. — Suite.
357. — Suite.
358. — Suite.
359. — Le subrogé tuteur doit toujours être nommé par le conseil de famille.
360. — Suite.
361. — Lorsque la tutelle est dative, le conseil de famille doit nommer le subrogé tuteur immédiatement après le tuteur. — *Quid*, si c'est l'un des membres du conseil qui a été nommé tuteur?
362. — Du cas où la tutelle est légitime ou testamentaire.

382. — D. Comment et à quelle époque finissent les fonctions du subrogé tuteur?
383. — Y a-t-il lieu de nommer un nouveau subrogé tuteur à chaque changement de tuteur?
384. — Suite.
385. — Suite.
386. — Les mêmes causes d'excuses, d'incapacité, d'exclusion et de destitution sont applicables au subrogé tuteur et au tuteur.
387. — Le tuteur ne peut pas provoquer la destitution du subrogé tuteur ni voter dans les conseils de famille qui sont convoqués pour cet objet.
388. — *Quid*, si le subrogé tuteur avait été condamné à une peine infamante?
389. — Le subrogé tuteur n'est pas grevé de l'hypothèque légale établie par l'article 2121.
390. — *Quid*, pourtant à raison des actes de gestion qu'il a pu faire au lieu et place du tuteur?
391. — Le subrogé tuteur est-il responsable envers le mineur? — Et dans quels cas?

353. — A. Qu'est-ce que le subrogé tuteur, et de quelle manière est-il nommé?

B. Qui peut être nommé subrogé tuteur?

C. Quelles sont les fonctions du subrogé tuteur?

D. Et comment cessent ces fonctions?

Voilà ce que nous avons à examiner.

354. — A. Autrefois, dans les pays de droit écrit, lorsque les intérêts du mineur se trouvaient en opposition avec ceux du tuteur, on nommait un curateur *ad hoc*, dont la mission finissait avec la cause qui l'avait rendue nécessaire.

Au contraire, le droit coutumier avait placé, à côté du tuteur, pendant toute la durée de la tutelle, un surveillant et un contradicteur légitime; c'était le subrogé tuteur (Coutume de Paris, art. 240; Ferrière, *des Tutelles*, part. I, sect. I, n° 6; Denizart, v° *Curateur*, n° 6; *Arrêtés de Lamoignon*, tit. IV, art. 2).

355. — Le Code Napoléon a emprunté cette institution aux coutumes; et elle lui a paru si utile, qu'il

exige qu'il y ait un subrogé tuteur *dans toute tutelle*, sans exception (art 420);

Non-seulement donc dans la tutelle dative, mais aussi dans la tutelle du survivant des père et mère, dans la tutelle légitime des ascendants et dans la tutelle testamentaire.

356. — La protutelle étant une tutelle, il y faut également un subrogé tuteur (art. 417; *supra*, n° 212; comp. Delvincourt, t. I, p. 283, note 5; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 374; Massé et Vergé, t. I, p. 415; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 234).

357. — Comme aussi dans la tutelle officieuse, ainsi que nous avons essayé de l'établir (*voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 237).

358. — Quant aux simples tuteurs *ad hoc*, il est évident qu'il ne doit pas leur être nommé de subrogé tuteur; car ils n'exercent pas véritablement une *tutelle*.

359. — Le subrogé tuteur est toujours nommé par le conseil de famille (art. 420).

Il n'est donc jamais *légitime*, c'est-à-dire nommé de plein droit par la loi; et il ne peut pas davantage être nommé par le dernier mourant des père et mère.

L'article 420 est absolu; il a été présenté, en effet, dans le rapport fait au Tribunat par M. Huguet, « comme une modification ingénieuse et utile, soit à la rigueur du droit coutumier, qui voulait que toutes les tutelles fussent datives, soit à l'extrême facilité du droit écrit, qui admettait les tutelles de droit.... » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 257.)

360. — Il est vrai que, dans le cas de l'article 393, la loi déclare que celui qui aura été nommé *curateur au ventre*, sera *de plein droit* subrogé tuteur à la naissance de l'enfant.

Mais ce cas n'est pas même une exception à la règle, puisque le curateur au ventre, qui devait plus tard

devenir subrogé tuteur, a été lui-même nommé par le conseil de famille.

361. — Le vœu de la loi est que le tuteur n'entre en fonctions qu'après la nomination du subrogé tuteur. Aussi doit-il y être procédé sans retard.

Lorsque la tutelle est dative, la nomination du subrogé tuteur doit être faite par le conseil de famille sans désemparer, immédiatement après celle du tuteur (art. 422).

L'exécution de cette disposition ne sera pas néanmoins toujours possible dans le cas, assez ordinaire, où l'un des membres du conseil de famille sera nommé tuteur.

D'une part, en effet, le tuteur ne peut pas voter pour la nomination du subrogé tuteur (art. 423); et, d'autre part, le conseil de famille ne peut, ainsi que nous l'avons vu, délibérer qu'autant que les trois quarts au moins des membres convoqués sont présents.

On ne pourrait donc nommer alors immédiatement le subrogé tuteur qu'autant que les trois quarts des membres convoqués s'y trouveraient encore, malgré l'abstention du membre qui vient d'être élu tuteur; comme si, par exemple, le conseil, ayant été composé de six membres, non compris le juge de paix, il y en avait encore cinq.

Dans le cas contraire, et si le conseil n'avait d'abord délibéré qu'à cinq membres présents, il faudrait remettre à un autre jour la nomination du subrogé tuteur; mais ce jour devrait être le plus prochain possible.

362. — Lorsque la tutelle est légitime ou testamentaire, c'est le tuteur lui-même qui doit, avant d'entrer en fonctions, requérir la convocation du conseil de famille pour la nomination du subrogé tuteur (art. 421).

S'il s'est ingéré dans la gestion, avant d'avoir rempli cette formalité, nous avons déjà dit que le conseil de famille peut être convoqué soit d'office par le juge de paix, soit à la réquisition de certaines personnes; et le tuteur, responsable, dans tous les cas, du préjudice qu'il aurait pu causer au mineur, peut même être destitué, s'il y a eu dol de sa part, c'est-à-dire si c'est avec une intention coupable qu'il s'est ingéré dans la gestion, avant d'avoir fait nommer le subrogé tuteur (art. 421).

363. — Les tiers, contre lesquels le tuteur agirait avant d'avoir fait nommer un subrogé tuteur, ont-ils qualité pour le faire déclarer non recevable jusqu'à ce qu'il ait rempli cette formalité?

De deux choses l'une :

S'il s'agissait d'un acte pour la validité duquel la présence du subrogé tuteur fût nécessaire, le tiers aurait intérêt et qualité pour demander que le subrogé tuteur fût nommé.

Et encore faut-il ajouter que même, dans ce cas :

1° Les actes conservatoires seraient très-valablement faits par le tuteur;

2° Que si le tiers n'avait pas demandé que le subrogé tuteur fût nommé, il serait non recevable à proposer ensuite la nullité pour cette cause; la nullité ne serait, dans tous les cas, que relative et dans le seul intérêt du mineur (art. 1125; Cass., 4 juin 1818 Galzin, Sirey, 1819, I, 240; comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 416).

364. — S'il s'agissait d'un acte que le tuteur peut faire seul, je ne crois pas que le tiers fût recevable à opposer le défaut de nomination du subrogé tuteur.

Et, par exemple, le débiteur du pupille n'en est pas moins tenu de payer au tuteur, quoique celui-ci n'ait pas encore fait nommer le subrogé tuteur (Riom,

1er mars 1817, Génestat, Sirey, 1818, II, 99; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 375).

On dirait en vain que le tuteur ne devant pas *s'ingérer dans la gestion* avant l'accomplissement de cette condition, qui complète l'organisation de la tutelle, est par conséquent sans pouvoir jusque-là, même à l'égard des tiers.

La réponse est qu'il est tuteur, lui, dès avant la nomination du subrogé tuteur, et qu'il a, en cette qualité, le droit envers les tiers, d'agir et d'administrer (art. 418); c'est à lui-même que la loi impose l'obligation de faire nommer le subrogé tuteur; ce n'est point aux tiers; et ceux-ci, dès qu'ils se libèrent entre les mains du tuteur, ne sont pas responsables du défaut de nomination du subrogé tuteur; or, s'ils n'en sont pas responsables, si le payement fait par eux est bien fait, c'est donc qu'à leur égard, le tuteur a qualité pour l'exiger, sauf sa responsabilité personnelle. Ajoutons qu'il faut prendre garde de fournir aux mauvais débiteurs un moyen d'empêcher le tuteur de recouvrer immédiatement le montant d'une créance, pour laquelle il importerait au contraire de ne pas perdre de temps.

Mais, direz-vous, si le tiers avait payé, sachant que c'était par dol que le tuteur ne faisait pas nommer le subrogé tuteur, sachant ainsi ce tuteur destituable, est-ce que ce tiers serait libéré dans le cas, en effet, où les deniers payés auraient été détournés et dissipés par le tuteur.

La règle, même alors, me paraît devoir être juridiquement maintenue. Sans doute, il serait mieux, de la part des tiers, d'avertir le juge de paix ou les membres de la famille (arg. de l'article 1938-2°); mais je ne crois pas néanmoins que ce soit là pour eux un devoir légal, dont l'inaccomplissement engendre une responsabilité.

Le payement fait sans collusion frauduleuse, serait donc valable.

Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que le tiers eût été plus loin, et qu'il fût prouvé qu'il a payé avec l'intention coupable de favoriser les mauvais desseins du tuteur. La responsabilité dériverait alors contre lui du principe général de l'article 1382.

564 *bis.* — Quant aux délibérations du conseil de famille, le défaut de nomination du subrogé tuteur ne serait de nature à en entraîner la nullité, qu'autant que le tuteur aurait eu, dans l'objet mis en délibération, des intérêts opposés à ceux du mineur (arg. de l'article 421; comp. Grenoble, 4 juin 1836, Brachet, Dev., 1837, II, 110; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 416; Aubry et Rau, t. I, p. 375).

565. — Les règles que nous avons exposées relativement au mode de convocation et de délibération du conseil de famille, doivent être appliquées dans cette circonstance comme dans toutes les autres.

Notons toutefois que le tuteur ne doit pas voter pour la nomination du subrogé tuteur (art. 423).

Cette exception même constate implicitement le principe, qui autorise le tuteur, lorsqu'il est membre du conseil de famille, à prendre part aux délibérations.

Mais, dans ce cas particulier, son vote pourrait n'être pas désintéressé et impartial; et peut-être aussi la loi a-t-elle voulu que le subrogé tuteur ne fût pas redevable de ce témoignage de confiance à celui dont il doit surveiller la conduite.

566. — Mais aucun texte n'autoriserait à prétendre que les parents ou alliés du tuteur, ses plus proches même, ne peuvent pas voter non plus pour la nomination du subrogé tuteur.

Les doutes qu'on a quelquefois à cet égard dans la pratique, ne sont nullement fondés.

Avec un tel système, en effet, le tuteur ne pourrait plus être choisi parmi les parents du mineur; ou bien il faudrait exclure ceux-ci du conseil de famille. Or l'une et l'autre de ces alternatives est également impossible (Duranton, t. III, n° 518, note 2).

367. — C'est aussi afin d'assurer de plus en plus l'indépendance des rapports du subrogé tuteur envers le tuteur, que la loi ne veut pas qu'ils soient, en général, unis l'un à l'autre par des liens de parenté ou d'alliance (comp. toutefois Douai, 22 juill. 1856, Walrand, Dev., 1857, II, 33).

L'article 423 dispose donc que « le subrogé tuteur « sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle « des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra « point. »

D'où il suit :

1° Que si le mineur n'a de parents ou d'alliés que dans une seule ligne, on ne peut nommer pour subrogé tuteur qu'un étranger; et celui-ci est alors non recevable à invoquer l'application des articles 426 et 432;

2° Que si le tuteur en exercice est remplacé par un parent ou un allié, qui appartienne à la même ligne que le subrogé tuteur, celui-ci doit être remplacé lui-même (Nancy, 14 mars 1826, Raybois, Sirey, 1826, II, 188; *voy.* aussi *infra*, n° 384.

368. — La Cour de Bordeaux a déduit de l'article 423 cette conséquence, que lorsque le mineur a des parents ou des alliés dans l'une et dans l'autre ligne, il faut nécessairement nommer pour subrogé tuteur un parent ou un allié de la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas (20 août 1811, Capellen, Sirey, 1811, II, 479).

La Cour d'Aix, plus récemment, semblerait avoir adopté aussi cette doctrine, en décidant que « *les dis-*

positions de l'article 423 n'étant pas prescrites à peine de nullité, » on peut nommer un étranger pour subrogé tuteur, lors même que le mineur a des parents dans l'une et l'autre ligne (15 nov. 1843, Taxy, Dev., 1844 II, 255); et M. Augier la professe formellement dans son *Encyclopédie des juges de paix* (t. V, v° *Subrogé tuteur*, p. 99).

Mais il nous paraît certain que la doctrine elle-même n'est pas juridique.

La règle, pour le choix du subrogé tuteur aussi bien que du tuteur, c'est que le conseil de famille a la plus grande latitude, et qu'il peut nommer un étranger par préférence au parent même le plus proche. L'étranger peut s'excuser sans doute pour cette cause (art. 432). Mais s'il accepte, le parent, lui, n'a rien à dire ; car il n'est pas tuteur légitime.

L'article 423 ne modifie pas du tout cette règle, relativement au subrogé tuteur.

Le but de cet article, en effet, n'est pas d'exiger que le subrogé tuteur soit pris parmi les parents ou alliés de la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas, mais seulement d'ordonner qu'il ne soit pas pris parmi ceux de la ligne à laquelle le tuteur appartient. L'article 423 est prohibitif ; il n'est pas impératif. Et la loi ainsi entendue est beaucoup plus conforme aux intérêts du mineur (comp. Valette sur Proudhon, t. II, p. 300, note *a ;* Marcadé, t. II, art. 423, n° 1 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 622; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p, 377, 378 ; Massé et Vergé, t. I, p. 418, 419; Demante, t. II, n° 173 *bis*, III).

369. — L'article 423 excepte le cas de *frères germains.*

Et, sous cette dénomination, il comprend certainement aussi les maris des sœurs germaines (article 408).

Mais faut-il que le tuteur et le subrogé tuteur soient tous les deux frères germains du mineur?

L'affirmative est généralement enseignée :

1° Le texte ne dit pas : sauf le cas *d'un* frère germain, mais *de frères germains ;* donc il exige que le tuteur et le subrogé tuteur soient tous les deux frères germains du mineur ;

2° C'est qu'alors, en effet, le subrogé tuteur étant uni par le même lien au tuteur et au mineur, on n'a pas à craindre que la parenté le porte à sacrifier, par une collusion frauduleuse ou même par un silence complaisant, au profit de son frère tuteur, les intérêts du mineur, qui est son frère aussi (Duranton, t. III, n° 518; Zachariæ, t. I, p. 212; Marcadé, t. II, art. 423, n° 1 ; Taulier, t, II, p. 40).

Cette solution serait, à mon avis, regrettable; car elle nous forcerait nécessairement, dans ce cas, de nommer pour subrogé tuteur un étranger ; ce qui est très-grave, puisque ces sortes de charges doivent avant tout peser sur les membres de la famille (art. 401, 426, 432); et elle nous priverait peut-être d'un excellent fonctionnaire, que la famille, en effet, aurait pu nous fournir.

Est-il donc vrai que cette solution nous soit commandée par le texte ou par les motifs de l'article 423?

Son texte dit : *hors le cas de frères germains ;* or il me semble que nous sommes encore dans la lettre du texte, lorsque le tuteur (ou le subrogé tuteur) et le mineur sont *frères germains.*

Et l'exception, même dans cette hypothèse, est encore très-suffisamment justifiée :

1° Parce que le frère germain (tuteur ou subrogé tuteur), appartenant aux deux lignes, il faudrait alors nécessairement choisir un étranger pour tuteur ou pour

subrogé tuteur, si on ne pouvait pas choisir un parent ou un allié ;

2° Parce que le lien de parenté, qui unit au mineur son tuteur ou son subrogé tuteur, offre alors une garantie assez puissante, pour que la loi ait pu se départir de la règle qui exige que le tuteur et le subrogé tuteur n'appartiennent pas à la même ligne (Ducaurroy, t. I, n° 622).

570. — Mais ce dernier motif prouve que l'exception ne saurait être étendue à l'hypothèse (très-possible également), où soit le tuteur, soit le subrogé tuteur, sans être frère germain du mineur, serait néanmoins aussi son parent dans les deux lignes.

Lors même qu'il y aurait alors des parents dans les deux lignes, il faudrait nommer pour tuteur ou pour subrogé tuteur un étranger, si l'un des deux fonctionnaires était aussi parent du mineur dans les deux lignes.

L'article 423 ne fait d'exception que pour les *frères germains.*

571. — C. Aux termes de l'articles 420, les fonctions du subrogé tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur.

De là, son double rôle de surveillant et de contradicteur.

Sa mission de surveillance est générale et permanente.

Aussi le tuteur, autre toutefois que le père ou la mère, peut-il être tenu de lui remettre, soit annuellement, soit à des époques plus éloignées, des états de situation de sa gestion (art. 470).

Et nous le verrons assister aux actes importants de la tutelle pour surveiller, en effet, et pour contrôler le tuteur (comp. art. 451, 452, 453, 454, 1442, etc.).

Ce n'est pas ici le lieu d'exposer, en détail, les différents cas dans lesquels la présence du subrogé tuteur est requise; les pouvoirs du tuteur, ceux du conseil de famille, ceux du subrogé tuteur, tout cela se tient et constitue une organisation d'ensemble que nous exposerons bientôt.

372. — Le subrogé tuteur ne doit point toutefois s'ingérer dans la gestion du tuteur; c'est celui-ci qui seul administre (art. 450).

373. — Mais aurait-il du moins qualité pour faire seulement dans l'intérêt du mineur, des actes conservatoires? pour interrompre une prescription, par exemple, ou pour interjeter un appel?

On pourrait dire que de simples actes conservatoires ne sont pas susceptibles d'entraver l'administration du tuteur, et qu'il serait souvent très-désirable que le subrogé tuteur pût les faire, afin de préserver le mineur d'une perte imminente; que le droit, en effet, pourrait périr pendant tout le temps qui serait nécessaire pour réunir le conseil de famille; que le recours en dommages-intérêts contre le tuteur est un remède extrême et qui pourrait être insuffisant; qu'enfin l'article 444 du Code de procédure, en exigeant que le jugement rendu contre le mineur soit signifié au subrogé tuteur comme au tuteur, autorise par cela même également l'un et l'autre à interjeter appel (Montpellier, 19 janv. 1832, Azéma, D., 1833, II, 7; Paris, 29 nov. 1853, Boilletot, Dev., 1855, II, 336; Talandier, *de l'Appel*, n° 27).

Ces motifs ne manquent pas de gravité; mais pourtant l'opinion contraire me paraît plus conforme au texte aussi bien qu'à l'organisation générale de la tutelle.

Le texte, en effet, n'accorde au subrogé tuteur le droit d'*agir*, que lorsque les intérêts du mineur sont

en opposition avec ceux du tuteur; hors de là, c'est le tuteur seul qui agit. Telle est la règle; tel est le mécanisme de la loi.

De ce que l'article 444 du Code de procédure exige que le jugement rendu contre le mineur soit signifié au subrogé tuteur, il ne s'ensuit pas qu'il lui accorde le droit direct et absolu d'en porter lui-même l'appel. Cette signification est une mesure de prudence qui a pour but de l'avertir, afin (disait M. Bigot-Préameneu, dans l'*exposé des motifs*) qu'il prenne *les mesures prescrites par la loi pour savoir si l'appel doit être interjeté....* (Riom, 19 janv. 1837, Sauzède, Dev., 1838, II, 347; arrêt du Parlement de Paris, du 27 mars 1703, *Journal des audiences*, p. 343; Carré, *de la Procédure civile*, t. II, n° 1592; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Appel*, sect. I, § 2, n° 15; de Fréminville, *des Minorités*, t. I, n° 165; Boitard, *Leçons de procéd.*, t. III, p. 60; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 429.)

374. — Et non-seulement le subrogé tuteur ne peut point, de son propre chef, s'immiscer dans l'administration de la tutelle; mais je ne crois pas non plus, malgré le sentiment contraire de M. Rolland de Villargues (*Rép.*, v° *Subrogé tuteur*, n° 41), qu'il puisse y prendre part, du chef et au nom du tuteur, en vertu d'un mandat soit général, soit même spécial, de celui-ci.

Cette prohibition n'est pas écrite, il est vrai, dans un texte *ad hoc*; mais elle résulte essentiellement du caractère même des fonctions du subrogé tuteur, qui ne peut pas être tout à la fois le mandataire responsable et le surveillant indépendant du tuteur; qui ne peut pas enfin enlever au mineur la double garantie que la loi lui assure, d'un fonctionnaire qui agit et d'un autre fonctionnaire qui surveille (Pothier, *Traité de la Communauté*, part. VI, chap. I, n° 796).

375. — C'est par les mêmes motifs que le subrogé

tuteur ne peut, suivant nous, se rendre ni acquéreur ni même adjudicataire des biens du mineur.

Cette opinion toutefois est vivement controversée et, nous le reconnaissons, en effet, fort délicate.

Les uns permettent au subrogé tuteur d'acquérir les biens du mineur soit par adjudication sur expropriation forcée, soit même par vente volontaire :

Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre (art. 1594, 1123);

Or, aucun texte n'a interdit au subrogé tuteur d'acheter les biens du mineur; l'article 1596 ne parle en effet que du tuteur;

Donc, le subrogé tuteur peut devenir adjudicataire sur expropriation forcée ou même acquéreur volontaire des biens du mineur (comp. Riom, 4 avril 1829, Barret, Dev., 1837, I, 114; Bordeaux, 30 mai 1840, Boyer, Dev., 1840, II, 367; Cass., 21 déc. 1852, Valois C. Gellas, Dev., 1853, I, 13; Agen, 13 juin 1853, mêmes parties, Dev., 1853, II, 3?0; Grenoble, 4 janv. 1854, Moulin, Dev., 1855, II, 782; Duranton, t. XVI, n° 134; Duvergier, *de la Vente*, n° 188; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 430, et t. III, p. 240, 241).

D'autres, distinguant entre la vente volontaire et la vente sur expropriation forcée, défendent au subrogé tuteur l'acquisition des biens du mineur par le premier mode, et la lui permettent par le second (Delvincourt, t. III, p. 126 (édit. de 1824); Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 187).

Mais j'aimerais mieux, pour ma part, proscrire au contraire, sans distinction, l'un et l'autre mode d'acquisition.

Sans doute, tous ceux-là peuvent vendre et acheter, qui n'en sont pas déclarés incapables par la loi ;

Mais cette incapacité légale peut se révéler de deux manières : soit par un texte, soit par un ensemble

de dispositions dont elle est la conséquence nécessaire.

Or, en admettant même, ce que nous vérifierons plus tard, que le texte de l'article 1596 ne s'applique limitativement qu'au *tuteur*, l'incapacité du subrogé tuteur résulte ici, virtuellement et nécessairement, de son titre seul et du caractère même de ses fonctions.

Est-ce que la vente volontaire, par exemple, ne doit pas se faire *en sa présence?* (Art. 452, 459.) Est ce que véritablement, sous ce rapport, il n'est pas lui-même *chargé de vendre* les biens? (Art. 1596.) Est-ce que sa présence enfin n'est pas exigée, comme garantie de l'intérêt du mineur? Et que devient cette garantie, si le subrogé tuteur se constitue lui-même son contradicteur et son adversaire?

Et, dans le cas même d'expropriation forcée, est-ce que son devoir de surveillance n'existe pas toujours? Est-ce que le jugement même d'adjudication ne doit pas lui être signifié? (Art. 444 procéd.) Faudra-t-il donc qu'il se fasse cette signification à lui-même, s'il peut devenir adjudicataire?

Je sais bien qu'autrefois on faisait pour le tuteur lui-même, cette distinction entre les ventes volontaires et les adjudications sur expropriation forcée (Henrys, t. II. p. 34; D'Héricourt, *Vente des immeubles par décret*, chap. x, n° 2.)

Mais précisément le Code Napoléon ne l'a pas admise; et je ne la crois pas en effet plus admissible pour le subrogé tuteur que pour le tuteur (comp. Lyon, 7 déc. 1824, Girod, Sirey, 1826, I, 200; Paris, 28 janv. 1826, Julien, D., 1826, II, 205; Riom, 25 févr. 1843, Folea, D., 1843, II, 147; Toulouse, 17 mai 1850, Gellas, Dev., 1850, II, 504; Magnin, *des Minorités*, t. II, p. 265; de Fréminville, t. I, n° 164; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 445).

376. — Le subrogé tuteur doit, comme nous l'avons déjà dit, provoquer, s'il y a lieu, la destitution du tuteur (art. 446); c'est une suite de son devoir de surveillance.

377. — Mais peut-il alors, s'il est membre du conseil de famille, voter dans l'assemblée convoquée, sur ses diligences, à cet effet?

Je le crois, malgré le dissentiment de M. Marchant (*de la Minorité*, liv. II, chap. I, sect. V, § 3, n° 13).

Le subrogé tuteur (nous le supposons) est membre du conseil de famille; et il peut par conséquent voter dans l'assemblée, à moins qu'un texte spécial ou qu'un principe essentiel ne le lui interdise;

Or, aucun texte ne lui défend de voter dans cette circonstance; et je n'aperçois aucun principe d'où l'on puisse, en l'absence de texte, induire cette défense.

Mais, dit-on, on ne peut pas être tout à la fois juge et partie! Le subrogé tuteur a fait déjà connaître son opinion; il est engagé! c'est par ces motifs que l'article 495 défend à celui qui a provoqué l'interdiction, de voter dans l'assemblée qui doit exprimer un avis sur l'état du défendeur.

L'analogie ne me paraît pas exacte.

Celui qui provoque l'interdiction peut avoir un intérêt personnel au succès de sa demande; tandis que le subrogé tuteur ne peut avoir d'autre intérêt que celui du mineur. Ajoutez que le subrogé tuteur, lui, remplit alors le devoir de sa charge.

Son opinion, dites-vous, est connue!

Eh! sans doute; mais c'est la loi elle-même qui l'oblige de la faire connaître.

La destitution du tuteur peut aussi être provoquée d'office par le juge de paix (art. 446); or, on ne soutiendrait pas sans doute que le juge de paix ne pourrait pas alors voter dans l'assemblée; on ne dirait pas qu'il

est juge dans sa propre cause, que son opinion est connue; donc, ces motifs-là ne sont pas concluants.

Enfin il est d'autant moins possible d'exclure alors le subrogé tuteur de la délibération, que l'article 426, en déclarant que les mêmes causes d'exclusion et de destitution seront communes au tuteur et au subrogé tuteur, se borne à ajouter ensuite que : « néanmoins « le tuteur ne pourra provoquer la destitution du su-« brogé tuteur *ni voter dans les conseils de famille*, qui « seront convoqués *pour cet objet*. » C'était bien le cas de déclarer aussi que le subrogé tuteur ne pourrait pas voter dans l'assemblée convoquée, sur ses diligences, à l'effet de destituer le tuteur ; or on n'a fait aucune disposition de ce genre (comp. *infra*, n° 498 ; Rouen, 17 nov. 1810, Bonès, Sirey, 1811, II, 86; Rennes, 14 fév. 1810, N.... C. N..., Sirey, 1812, II, 424; Cass., 12 mai 1830, Geoffroy, D., 1830, I, 240 ; Delvincourt, t. I, p. 3, note 9; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 432; Augier, *Encyclop. des juges de paix*, t. V, v° *Subrogé tuteur*, n° 4).

Il se peut, il est vrai, que le subrogé tuteur veuille lui-même s'abstenir; mais il est nécessaire de le convoquer.

378. — Le subrogé tuteur, avons-nous dit, est chargé de représenter le mineur, toutes les fois que les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du tuteur, c'est-à-dire lorsque le tuteur et le mineur se trouvent l'un envers l'autre, dans la position de contractants ou de plaideurs ; et cette hypothèse méritait d'autant mieux d'être prévue, que le tuteur et le mineur étant presque toujours parents, cette contrariété d'intérêt peut s'élever assez souvent entre eux.

379. — Le subrogé tuteur reçoit d'avance pour ce cas, de son titre même, les pouvoirs d'un tuteur *ad hoc* (Amiens, 25 avr. 1837, Lefebvre, Dev., 1837, II, 478).

Et il semblerait dès lors qu'il ne devrait jamais y avoir lieu à aucune autre nomination de ce genre.

Pourtant, aux termes de l'article 444 du Code de procédure, les délais de l'appel ne courent contre le mineur non émancipé que du jour où le jugement a été signifié tant au tuteur qu'au subrogé tuteur;

Or ce texte est absolu; et il ne serait ni logique ni convenable que cette garantie d'une double signification fût enlevée au mineur, par cette circonstance même (qui la rend peut-être plus nécessaire), que le mineur est en procès, soit avec son tuteur lui-même, soit avec son subrogé tuteur;

Donc, lorsqu'en effet le mineur est en contestation avec son tuteur, le subrogé tuteur doit faire nommer, à cet effet, un tuteur *ad hoc*, de même que le tuteur, de son côté, doit faire nommer un subrogé tuteur *ad hoc*, si c'est avec son subrogé tuteur que le mineur est en procès (comp. Grenoble, 15 mars 1822, Anthouard, Sirey, 1825, II, 131; Angers, 2 août 1822, Rennée, Sirey, 1823, II, 22; Toulouse, 4 février 1825, Laforgue, D., 1825, II, 135; Cass., 30 mars 1825, Mollin, D., 1825, I, 243; Cass., 1er avril 1833, Montvalet, Dev., 1833, I, 388; Caen, 16 février 1838, Jacquelin, *Rec. de Caen*, t. II, p. 11; *voy.* toutefois Cass., 19 juin 1844, Peynaud, Dev., 1844, I, 547).

380. — La Cour de Paris a même jugé, plus généralement et en principe, que lorsque le subrogé tuteur prend la place du tuteur, qui se trouve avoir des intérêts contraires à ceux du mineur, il y a lieu de nommer un subrogé tuteur spécial (11 mars 1843, de Piré, Dev., 1844, II, 153).

Et cette doctrine paraît en effet exacte, toutes les fois surtout que la présence d'un subrogé tuteur serait nécessaire pour l'acte que fait le subrogé tuteur au lieu et place du tuteur.

381. — Le subrogé tuteur n'est pas un tuteur en survivance; et il ne remplace pas de plein droit le tuteur, lorsque celui-ci, par un motif quelconque, cesse ses fonctions.

Il doit seulement alors, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 424).

382. — D. Les fonctions du subrogé tuteur finissent:

1° Lorsque la tutelle elle-même finit, par la majorité, ou l'émancipation, et bien entendu aussi par le décès du mineur;

2° Lorsque le subrogé tuteur décède lui-même ou se trouve excusé ou destitué.

383. — D'après l'article 425, les fonctions du subrogé tuteur cessent à la même époque que la tutelle.

Tels sont les termes mêmes de la loi.

Et je crois que c'est mal à propos qu'un auteur les a changés, en disant que les fonctions du subrogé tuteur cessent, *lorsque la tutelle devient vacante ou est abandonnée par absence* (Toullier, t. II, n° 1136);

D'où il suivrait qu'il serait absolument nécessaire de nommer un nouveau subrogé tuteur à chaque changement de tuteur.

Il est vrai que l'on dit quelquefois que *la tutelle* peut cesser soit *ex parte pupilli*, soit *ex parte tutoris* (Inst., *quib. mod. tut. finitur*, § 3).

Mais l'article 424 prouve que ce n'est point en ce sens que l'article 425 parle de la fin de la tutelle, et qu'il en suppose au contraire la cessation absolue.

Bien loin, en effet, que la cessation des fonctions du tuteur fasse cesser celles du subrogé tuteur, cet événement impose à celui-ci un devoir spécial; et l'article 424 le considère si bien comme étant toujours en fonctions, qu'il lui enjoint de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.

Concluons donc que lorsqu'un nouveau tuteur est nommé en remplacement d'un autre, il n'y a pas lieu nécessairement à la nomination d'un nouveau subrogé tuteur, et que celui qui est en exercice continue de plein droit ses fonctions (Duranton, t. III, n° 520 ; Zachariæ, t. I, p. 252; Marcadé, t. II, art. 425; Taulier, t. II, p. 40).

384. — On ne peut nier toutefois que cette solution, si elle était absolue, n'offrît beaucoup d'inconvénients.

Il est, en effet, telle personne qui pourrait parfaitement convenir pour surveiller l'administration d'un tuteur, et qui ne conviendrait pas du tout, au contraire, comme subrogé tuteur de tel autre.

Aussi déjà nous avons, par avance, annoncé une exception à la règle que nous posons ici; nous avons dit que lorsque le tuteur nouvellement nommé appartenait à la même ligne que le subrogé tuteur en exercice, il y avait lieu au remplacement de celui-ci (*supra*, n° 367; Augier, *Encyclop. des juges de paix*, t. V, v° *Subrogé tuteur*, § 3, n° 2, art. 423).

385. — Ne pourrait-on pas faire une seconde exception encore, et décider plus généralement que le conseil de famille aurait, dans tous les cas, la faculté de remplacer le subrogé tuteur en exercice, s'il croyait que, par ses relations avec le tuteur nouvellement nommé, ou par tout autre motif, il ne convient plus comme surveillant de ce tuteur?

Ceci est plus difficile; car nous n'avons plus un texte comme celui de l'article 423.

Mais pourtant, est-ce que toute la théorie de la tutelle n'est pas faite dans l'intérêt du mineur? Or, il pourrait être souvent dans l'intérêt du mineur que le conseil de famille eût cette faculté, puisque, sans cela, il serait empêché peut-être de choisir pour tuteur la personne qui conviendrait le mieux à ces fonctions.

Cette considération n'est-elle pas assez grave pour que nous laissions au conseil de famille cette latitude ? (Valette sur Proudhon, t. II, p. 300; Ducaurroy, t. I, n° 623.)

386. — Les causes d'excuses, d'incapacité, d'exclusion et de destitution, applicables au tuteur, sont également applicables au subrogé tuteur (art. 426, *infra*, n° 395, 396).

387. — Mais le tuteur ne peut pas provoquer la destitution du subrogé tuteur, ni voter dans les conseils de famille, qui sont convoqués pour cet objet.

Cette disposition a paru être une conséquence convenable de leurs rapports réciproques; et on a craint que le tuteur ne cherchât ainsi le moyen de se délivrer d'un surveillant zélé.

388. — Que si le subrogé tuteur avait été condamné à une peine infamante, le devoir du tuteur serait alors, au contraire, de provoquer la nomination d'un autre subrogé tuteur, ainsi qu'il doit le faire, lorsque par décès ou toute autre cause, la subrogée tutelle devient vacante; car la condamnation à une peine infamante emporte *de plein droit* l'exclusion de la subrogée tutelle (art. 426-1° et 443).

389. — Aux termes des articles 2121 et 2135, une hypothèque légale est accordée au mineur sur les biens de son tuteur, à raison de sa gestion ;

Or, le simple subrogé tuteur n'est pas tuteur, et il ne gère pas; sa principale mission est de surveiller;

Donc, ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale.

390. — L'hypothèque légale ne grève-t-elle pas toutefois les biens mêmes du subrogé tuteur, à raison des actes de gestion qu'il peut faire, à la place du tuteur, lorsque celui-ci a des intérêts contraires à ceux du mineur?

On peut le prétendre, par ce double motif, qu'alors le subrogé tuteur devient véritablement tuteur, et qu'il est juste que le mineur ait toujours contre son tuteur les mêmes garanties (comp. Devilleneuve, 1844, II, 153, note 1; Persil, art. 2121, n°s 27, 28; Zachariæ, t. I, p. 238).

Cette solution, toutefois, me paraît contestable; car, finalement, le subrogé tuteur agit toujours à ce titre, et l'hypothèque légale ne paraît pas avoir été faite pour ces actes de gestion purement accidentels. Ajoutez qu'il serait difficile d'appliquer à ce cas le régime de l'hypothèque légale qui grève le tuteur (comp. Fenet, t. XV, p. 414; Merlin, *Répert.*, v° *Hypothèque*, sect. II, § 3, art. 4, n° 3; Duranton, t. XIX, n° 313; Valette, *des Priv. et Hypoth.*, p. 284; Troplong, *des Priv. et Hypoth.*, n° 422; Pont, *eod.*, art. 2121, n° 497).

Ces motifs prouvent que j'excepterais l'hypothèse où le subrogé tuteur aurait pris, de fait, la place du tuteur, et aurait géré la tutelle lui-même comme tuteur.

Je pense moi-même alors que les articles 472, 907 et 2121 lui seraient applicables; car il aurait agi non pas en subrogé tuteur, mais bien en qualité de tuteur (comp. Paris, 19 avril 1823, Manigot, D., 1828, II, 51; Grenoble, 26 juill. 1828, Chapuis, D., 1829, II, 73; et *supra*, n° 129).

391. — Le subrogé tuteur n'est pas responsable de la gestion du tuteur.

Tels étaient les anciens principes (Ferrière, *des Tutelles*, part. I, sect. I, n° 5); et le Code Napoléon paraît bien les avoir consacrés, en ne déclarant que dans certains cas spéciaux seulement, le subrogé tuteur responsable. C'est là, en effet, une charge gratuite; et il ne convient pas d'en exagérer le poids et les périls outre mesure.

Le sentiment contraire, enseigné par M. Favard de

Langlade, ne me paraît donc pas juridique (*Rép.*, v° *Subrogé tuteur*, n° 37).

Ce n'est pas à dire, sans doute, que le subrogé tuteur serait exempt de responsabilité, s'il avait commis un dol ou une faute telle, qu'elle pût être comparée au dol. L'article 1382 lui serait alors applicable.

En résumé donc, régulièrement, le subrogé tuteur n'est pas responsable, lors même que l'on prétendrait que sa surveillance aurait pu être plus exacte et plus active.

Il faut excepter :

1° Les cas où la loi lui impose certaines obligations, à peine de dommages-intérêts en cas d'inaccomplissement (comp. art. 424, 1442, 2137 C. Napol., 444 procéd.; Montpellier, 19 janv. 1832, Azéma, Dev., 1833, II, 38);

2° Les cas où il aurait commis un dol ou quelque faute assez lourde pour qu'elle dût, aux yeux des magistrats, entraîner contre lui l'application du droit commun, d'après les articles 1382 et 1383 (Toullier, t. II, n° 1138; Duranton, t. III, n° 522; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 427; de Fréminville, t. I, n° 161; Chardon, *Puiss. tut.*, t. III, n°s 560, 561; Demante, t. II, n° 174 *bis*).

SECTION IV.

QUELLES SONT LES CAUSES DE DISPENSE, D'INCAPACITÉ, D'EXCLUSION OU DE DESTITUTION APPLICABLES AU TUTEUR, AU SUBROGÉ TUTEUR ET AUX MEMBRES DU CONSEIL DE FAMILLE?

SOMMAIRE.

392. — La règle est que ceux auxquels est déférée l'une des fonctions dont la tutelle se compose, ne peuvent pas la refuser.

393. — Il faut excepter les cas d'excuses légales, d'incapacité, d'exclusion ou de destitution.

394 — Différence entre les uns et les autres.

392. — La tutelle est, avons-nous dit, une institution de droit public (*supra*, n° 1); et les différentes fonctions, dont elle se compose, sont considérées elles-mêmes, en quelque sorte, comme des charges publiques.... *munus publicum* (Inst., princ. *de excusat. tut. vel. cur.*).

La règle est donc que ceux à qui elles sont déférées, ne peuvent pas les refuser (art. 1370).

393. — Toutefois la loi elle-même a cru, très-justement, devoir permettre à certaines personnes de s'en excuser pour des causes qui lui ont paru mériter cette dispense.

Il est bien clair aussi qu'elle ne pouvait pas appeler à ces fonctions, ceux qu'elle croyait incapables de les remplir convenablement dans l'intérêt du mineur, et encore moins ceux qu'elle en jugeait indignes.

De là :

1° Les causes d'excuse ou de dispense;

2° Les causes d'incapacité;

3° Les causes d'exclusion et de destitution.

394. — Il importe de ne pas confondre ces trois causes différentes.

Non-seulement les unes sont facultatives ou *volontaires* (les excuses), tandis que les autres sont *nécessaires*;

Mais, en outre, les causes d'exclusion ou de destitution ont un caractère et un effet de déconsidération qui ne résulte pas des simples causes d'incapacité.

395. — En général, les mêmes causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion ou de destitution, sont communes au tuteur et au subrogé tuteur (art. 426).

On a toutefois prétendu que les deux causes d'excuse écrites dans les articles 435 et 436 ne pouvaient point être invoquées par le subrogé tuteur, parce que, a-t-on dit, les motifs, sur lesquels elles sont fondées, ne lui sont point applicables.

Mais cette restriction, contraire au texte absolu de l'article 426, ne me paraît point admissible; il a été certainement dans l'intention de la loi d'assimiler, à cet égard, le subrogé tuteur et le tuteur, lors même que les motifs de dispense n'auraient pas toujours, pour l'un comme pour l'autre, la même gravité (comp. Nîmes, 17 janv. 1837, Veissade, Dev., 1838, II, 253; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 378; Massé et Vergé, t. I, p. 419).

396. — On peut seulement remarquer, en ce qui concerne le subrogé tuteur, une cause particulière d'*incapacité* qui résulte de ce qu'il ne peut pas être pris dans la ligne à laquelle le tuteur appartient (*supra*, n° 367).

397. — Notons aussi que ces différentes causes s'appliquent à tous les tuteurs, soit datif, soit testamentaire, soit légitime, au survivant même des père et mère, sauf les cas particuliers où la loi les excepte. (Bordeaux, 8 août 1845, Gillibert, Dev., 1847, II, 134.)

398. — Nous allons exposer d'abord ce sujet, en ce qui concerne le tuteur et le subrogé tuteur.

Et nous l'examinerons ensuite, en ce qui concerne les membres du conseil de famille.

§ I.

Des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion ou de destitution communes au tuteur et au subrogé tuteur.

N° 1. — *Des causes d'excuse (en ce qui concerne le tuteur et le subrogé tuteur).*

SOMMAIRE.

399. — Distinction générale entre les diverses espèces d'excuses.
400. — Suite.
401. — Suite.
402. — Les causes légales d'excuse admises par le Code Napoléon sont au nombre de sept.
403. — N° 1. Cause d'excuse résultant de certaines dignités ou fonctions publiques.
404. — Suite.
405. — Des membres de la Cour des comptes.
406. — Des magistrats en général.
407. — Suite.
408. — Suite.
409. — Le père peut-il invoquer l'excuse résultant du dernier alinéa de l'article 428 pour se dispenser de la tutelle de ses enfants? — Observation.
410. — Des militaires en activité de service. — De ceux qui remplissent une mission du gouvernement hors du territoire de l'Empire.
411. — Suite.
412. — Dans quel délai doit être proposée l'excuse résultant de fonctions, services ou missions? — Il faut distinguer.
413. — A l'expiration des fonctions, services ou missions, la tutelle peut être rendue à l'ancien tuteur qui a été excusé. — Dans quels cas et sous quelles conditions?
414. — Suite.
415. — La disposition finale de l'article 431 serait-elle applicable, dans le cas où la personne appelée à la tutelle, aurait invoqué l'excuse résultant de fonctions, services ou missions, à l'effet, non pas de s'en faire décharger, mais de ne la point accepter?
416. — La délibération du conseil de famille, dans le cas de la disposition finale de l'article 431, pourrait-elle être déférée au tribunal?
417. — N° 2. De l'excuse résultant pour l'individu non parent ni allié du mineur, de ce qu'il existe des parents ou des alliés.
418. — Suite.
419. — Suite.

450. — Comment et dans quel délai les excuses doivent-elles être proposées?

451. — Du cas où le tuteur était présent à la délibération qui lui a déféré la tutelle.

452. — *Quid*, s'il n'y assistait que par un mandataire?

453. — Du cas où le tuteur n'a pas assisté à la délibération qui lui a déféré la tutelle.

454. — Dans quel délai les tuteurs testamentaires et légitimes doivent-ils proposer leurs excuses?

455. — *Quid*, si les excuses sont admises? — *Quid*, si elles sont rejetées? — Quels sont ceux qui ont qualité pour se pourvoir contre la délibération?

456. — Dans quel délai le tuteur doit-il se pourvoir?

457. — Le tuteur est tenu d'administrer provisoirement. — Quel est le caractère de cette administration?

458. — Qui est-ce qui supporte les dépens de cette contestation?

459. — *Quid*, si le tuteur avait fait admettre une excuse fondée sur des motifs mensongers?

399. — Parmi les causes d'excuse, les unes sont fondées principalement sur l'intérêt général, en ce sens que la loi n'a pas voulu placer ceux qui remplissent des fonctions publiques, dans l'alternative de négliger les fonctions dont ils sont investis, ou la tutelle, qui leur serait déférée, lorsqu'ils ne croient pas eux-mêmes pouvoir suffire à ce double devoir;

Les autres sont principalement fondées sur l'intérêt particulier, et quelquefois même sur certaines considérations de faveur pour celui auquel elles sont accordées.

400. — Quelques-unes sont perpétuelles, tandis que les autres sont seulement temporaires, comme la cause sur laquelle elles sont fondées.

401. — Il en est enfin qui dispensent seulement d'accepter la tutelle, *a suscipienda tutela*, mais qui ne suffisent pas pour faire décharger d'une tutelle déjà en exercice, *a suscepta tutela;* car la loi évite le plus possible les changements de tuteur;

Tandis que d'autres dispensent tout à la fois *a suscipienda* et *a suscepta tutela*.

402. — Les causes légales d'excuse admises par le Code Napoléon, sont au nombre de six, ou plutôt de sept, que voici :

1° Certaines fonctions ou certains services publics (art. 427, 431) ;

2° La qualité d'étranger au mineur, lorsqu'il y a des parents ou alliés, dans un certain rayon, en état de gérer la tutelle (art. 432) ;

3° L'âge (art. 433) ;

4° Les infirmités (art. 434) ;

5° Le nombre des tutelles (art. 435);

6° Le nombre d'enfants (art. 436) ;

7° Le sexe, qui est une cause d'excuse pour la mère survivante (art. 394), et peut-être aussi pour l'aïeule (*infra*, n° 443).

Quelques mots sur chacune d'elles.

403. — N° 1. Il est d'abord un certain nombre de dignités éminentes, dans l'État, qui, sous tous les régimes, ont été une cause de dispense.

Seulement, le titre de ces dignités a changé avec les événements, qui bouleversent d'une manière hélas ! si fatalement périodique, notre organisation politique.

Ainsi le Code Napoléon de 1804 (édition originale) dispensait de la tutelle *les membres des autorités établies par les titres* II, III *et* IV *de l'acte constitutionnel* (du 22 frimaire an VIII) ; c'est-à-dire : 1° les sénateurs; 2° les tribuns ; 3° les membres du Corps législatif ; 4° les consuls ; 5° les conseillers d'État ; 6° les ministres.

Le Code Napoléon (seconde édition, révisée législativement en 1807) dispensait *les personnes désignées dans les titres* III, V, VI, VIII, IX, X *et* XI *de l'acte du* 18 *mai* 1804 ; c'est-à-dire : 1° les membres de la famille impériale; 2° les grands dignitaires de l'Empire ; 3° les

grands officiers de l'Empire; 4° les sénateurs; 5° les conseillers d'État; 6° les membres du Corps législatif et les tribuns.

L'édition officielle du Code Napoléon publiée en vertu de l'ordonnance royale du 17 juillet 1816, conserva les termes du premier alinéa de l'article 427 de l'édition impériale, qui s'y retrouvent encore aujourd'hui. On ajouta seulement cette note : *plusieurs des places et titres, auxquels cette dispense s'applique, n'existent plus;* et je pense avec M. Valette (sur Proudhon, t. II, p. 332), qu'en maintenant l'ancien texte, on avait voulu maintenir dans la loi civile, le principe même de la dispense, pour les applications analogues qu'il pourrait recevoir dans le nouvel établissement politique.

Aujourd'hui, les personnes qui sont dispensées de la tutelle, en vertu du premier alinéa de l'article 427, se retrouvent être encore celles qui, aux termes de cet article, d'après la révision de 1807, sont désignées dans les titres III, V, VI, VIII, IX et XI de l'acte du 18 mai 1804, c'est-à-dire, les membres de la famille impériale, les maréchaux de France, les grands officiers civils de la couronne, les sénateurs, les conseillers d'État, les députés au Corps législatif, et il faut ajouter aussi les ministres (*voy.* le titre IV de l'acte du 22 frimaire, an VIII).

404. — Sont aussi dispensés, les présidents et conseillers à la Cour de Cassation, le procureur général et les avocats généraux en la même Cour.

405. — Le Code civil de 1804 dispensait également *les commissaires de la comptabilité nationale;*

Et le Code Napoléon de 1807 accordait aussi la même dispense *aux commissaires de la comptabilité impériale.*

L'édition officielle du Code Napoléon, publiée en 1816, a supprimé cette disposition, parce que la comp-

tabilité publique avait été confiée, par la loi du 16 septembre 1807, à une *Cour des comptes.*

Mais on prit soin d'ajouter, en note, l'article 7 de cette loi, qui est ainsi conçu :

« La Cour des comptes prend rang immédiatement « après la Cour de Cassation, et jouit des mêmes pré- « rogatives »

Il est donc évident qu'en supprimant l'alinéa relatif *aux commissaires de la comptabilité impériale*, on n'a pas entendu refuser la dispense aux magistrats de la Cour des comptes, qui les ont remplacés. On a cru seulement qu'il suffisait, pour la leur conserver, de rappeler l'article précité de la loi du 16 septembre 1807.

406. — Mais la dispense n'est applicable à aucuns autres magistrats, à moins que la tutelle ne s'ouvre dans un département autre que celui où ils exercent leurs fonctions (*infra*, n° 407).

407. — L'article 427 déclare encore dispensés :

Les préfets ;

Et, en général, tout citoyen exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle s'établit.

Cette dernière cause de dispense est applicable : « non-seulement aux ecclésiastiques, desservant des cures ou des succursales, mais à toutes personnes exerçant, pour les cultes, des fonctions qui exigent résidence, dans lesquelles ils sont agréés par Sa Majesté, et pour lesquelles ils prêtent serment. » (Avis du Conseil d'État du 20 novembre 1806; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 420).

408. — Nous pensons aussi, malgré l'avis contraire de M. Favard de Langlade (*Répert. du Notariat*, v° *Tutelle*), que cette cause de dispense s'applique aux notaires, et que ces *fonctionnaires publics* ne peuvent pas, plus que tous les autres, être tenus d'accepter une

tutelle, lorsqu'elle s'établit dans un département autre que celui où ils exercent leurs fonctions (édit. de mai 1755; loi du 25 ventôse an XI, art. 1; lettre du garde des sceaux du 27 nov. 1821; Merlin, *Rép.*, t. XIV, v° *Tutelle*, sect. IV, § 1, art. 5, n° 13; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 380).

409. — Mais le père du mineur peut-il invoquer cette excuse?

Zachariæ enseigne la négative, sans doute par le motif (qu'il n'indique pas d'ailleurs), que la tutelle de l'enfant *s'établissant* toujours au domicile de son père, celui-ci ne peut pas se trouver dans les conditions exigées, à cet égard, par l'article 427.

Il se pourrait, toutefois, que le père survivant remplît des fonctions publiques dans un département autre que celui où il a son domicile, et que, par conséquent, la tutelle de son enfant, qui s'établirait au lieu de ce domicile, s'établît ainsi dans un département autre que celui où le père exerce ses fonctions.

Le père lui-même se trouverait donc alors dans les termes de notre article.

La vérité est que l'on aurait très-bien pu ne pas accorder l'espèce de dispense, prévue par l'article 427, au père, en ce qui concerne la tutelle de ses propres enfants; car le père, lorsqu'il invoque une telle excuse, *contra naturales stimulos facit*.... (L. 36, § 1, ff. *de excusat.*). Est-il bien, par exemple, est-il convenable qu'un conseiller à la Cour de Cassation puisse se dispenser de la tutelle de son fils?

410. — Aux termes de l'article 428, sont également dispensés de la tutelle :

1° Les militaires *en activité de service*; et non point dès lors ceux qui seraient retraités ou réformés, s'ils n'ont pas d'ailleurs quelque autre excuse, comme celle de l'âge ou des infirmités;

2° Tous autres citoyens, qui remplissent hors du territoire *continental* (arg. de l'article 417) de l'Empire une mission de l'Empereur.

Quoique la loi ne décide pas quelle devra être la durée de cette mission, il nous semble que l'article 428, d'après son motif, ne doit pas comprendre une mission purement accidentelle et de courte durée.

411. — La règle générale, conforme au droit commun (L. 2, ff. *de Probationibus;* art. 1315) est que la cause d'excuse doit être prouvée et justifiée par celui qui la propose (art. 434).

La loi n'en fait ici qu'une application, en déclarant que :

« Si la mission est non authentique et contestée, la « dispense ne sera prononcée qu'après la représenta- « tion faite par le réclamant, du certificat du ministre, « dans le département duquel se placera la mission « articulée comme excuse. » (Art. 429.)

412. — Les articles 430 et 431 ne sont aussi que l'application à cette première cause de dispense (résultant des fonctions ou services publics) du principe que la personne, dans l'intérêt de laquelle une dispense a été établie, est libre d'y renoncer et qu'elle ne peut plus ensuite, après y avoir renoncé, s'en prévaloir.

De deux choses, l'une :

Ou la personne, à laquelle la tutelle est déférée, remplit déjà, à ce moment, les fonctions, services ou missions, qui en dispensent; et alors elle doit, sous peine de déchéance (art. 430), si la tutelle est dative, proposer ses excuses au conseil de famille soit sur-le-champ, si elle est présente (art. 438), soit dans le délai de trois jours à partir de la notification qui lui est faite de sa nomination (art. 439).

Que si la tutelle est légitime, ou testamentaire, nous croyons qu'elle doit également faire convoquer le con-

seil de famille dans le délai de trois jours, à partir de celui où elle a eu connaissance de l'événement, qui lui a déféré la tutelle (*infra*, n°s 451, 453).

Ou les fonctions, services et missions ont été conférés postérieurement à l'acceptation et gestion de la tutelle ; et alors la personne doit aussi, sous peine de déchéance, faire convoquer dans le mois, le conseil de famille pour lui proposer son excuse. Le délai est ici d'un mois, et non pas seulement de trois jours, sans doute parce que la tutelle étant déjà en exercice, la longueur du délai présente moins d'inconvénient, que lorsqu'il s'agit de pourvoir d'un tuteur le mineur qui n'en a pas encore (art. 431).

413. — « Si, à l'expiration de ces fonctions, services ou missions, le nouveau tuteur réclame sa décharge, ou que l'ancien redemande la tutelle, elle pourra lui être rendue par le conseil de famille. » (Art. 431.)

Il n'est donc pas nécessaire que l'ancien et le nouveau tuteur soient d'accord à cet égard ; il suffit que la réclamation ou demande soit formée par l'un ou par l'autre, pour que le conseil de famille ait la faculté de procéder à ce changement, et de rendre, par exemple, sur la demande du tuteur nouveau, la tutelle à l'ancien tuteur, lors même que celui-ci ne se soucierait pas de la reprendre. L'excuse n'était que temporaire ; et elle ne peut plus alors lui servir.

414. — MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing pensent même « que les expressions du texte semblent indiquer que le nouveau tuteur doit toujours être déchargé, lorsqu'il le demande. » (T. I, n° 627.)

Mais j'aime mieux laisser, dans tous les cas, au conseil de famille, la liberté d'apprécier ce qui convient le mieux dans l'intérêt du mineur. Le texte dit, il est vrai, « si le nouveau tuteur *réclame* sa décharge.... »

mais il dit aussi que l'ancien peut *redemander* la tutelle. Réclamer ou redemander, est-ce bien différent? et d'ailleurs est-ce que la disposition finale de la loi n'est pas générale et absolue? Est-ce qu'elle ne régit pas évidemment les deux hypothèses? « La tutelle *pourra* lui être rendue par le conseil de famille. »

Et cela est fort raisonnable. Il se peut sans doute qu'il convienne de rendre la tutelle à l'ancien tuteur; mais il se pourrait aussi qu'il valût mieux la laisser au nouveau, qui s'en acquitte très-bien, surtout si la tutelle ne devait durer encore que peu de temps (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 381).

415. — La disposition finale de l'article 431 serait-elle applicable, dans le cas où la personne appelée à la tutelle, aurait invoqué l'excuse résultant des fonctions, services ou missions, à l'effet, non pas de s'en faire décharger, mais de ne la point accepter?

Marcadé enseigne l'affirmative (t. II, art. 431); et cette opinion pourrait d'autant mieux être suivie, qu'elle semble n'offrir aucun inconvénient, puisque le conseil de famille est toujours libre d'accueillir ou de repousser la demande qui lui est faite (ajout. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 381).

Pourtant le texte est contraire; il suppose évidemment que les fonctions, services ou missions ont été conférés *postérieurement* à l'acceptation ou gestion d'une tutelle; et c'est dans cette hypothèse qu'il ajoute que le *nouveau* tuteur peut réclamer sa décharge, et l'*ancien* tuteur redemander la tutelle.

Ajoutons que, dans cette hypothèse en effet, l'ancien tuteur connaît déjà l'état des biens et des affaires du mineur, puisqu'il les a gérés, tandis que dans le cas contraire, il y est tout à fait étranger.

Je serais donc porté à croire que le changement du tuteur ne pourrait alors s'opérer que par le mutuel ac-

cord de la personne antérieurement excusée et du tuteur en exercice (comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 421 ; Demante, t. II, n° 178 *bis*).

416. — La délibération du conseil de famille, dans le cas de la disposition finale de l'article 431, pourrait-elle être déférée au tribunal, soit qu'elle eût admis, soit qu'elle eût rejeté la demande qui lui avait été adressée, afin que la tutelle fût rendue à l'ancien tuteur ?

Je ne le penserais pas.

Il est vrai que les délibérations du conseil de famille qui prononcent sur les excuses proposées par le tuteur, peuvent être déférées au tribunal (art. 440).

Mais d'un autre côté, il est vrai aussi que l'on ne peut pas se pourvoir contre les délibérations par lesquelles le conseil de famille nomme le tuteur ; du moins j'ai essayé de l'établir (*supra*, n°s 335, 336) ;

Or, dans notre hypothèse, il me semble qu'il ne s'agit pas d'apprécier une cause légale d'excuse ; il s'agit, en réalité, de choisir un tuteur et de décider lequel convient le mieux entre l'ancien et le nouveau ;

Donc, il n'y a pas lieu de se pourvoir contre cette délibération, toute discrétionnaire et souveraine, du conseil de famille.

417. — N° 2. « Tout citoyen, non parent ni allié, « ne peut être forcé d'accepter la tutelle que dans le « cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre « myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer « la tutelle. » (Art. 432 ; ajout. art. 401.)

La tutelle est en effet, avant tout, une charge de famille ; et régulièrement, elle doit peser d'abord sur les parents ou les alliés du mineur.

Cette cause d'excuse n'est pas toutefois absolue ; et l'éloignement des parents ou alliés du lieu où la tutelle s'exerce, a dû être assimilé au cas où il n'en existe pas.

L'individu même, qui n'est ni parent ni allié, peut donc être tenu d'accepter, s'il n'y a pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés *en état de gérer la tutelle,* c'est-à-dire, suivant nous, qui ne se trouvent pas dans les cas d'incapacité ou d'exclusion prévus par la loi. Une autre interprétation de ces mots livrerait l'*étranger* à l'arbitraire de la famille.

418. — Cette dispense n'est accordée, comme on le voit, qu'à l'individu *non parent ni allié.*

Donc, le parent ou l'allié ne pourrait invoquer comme excuse :

1° Ni son éloignement, à lui-même, du lieu où la tutelle s'exerce ; cette cause d'excuse n'existe que pour les *fonctionnaires publics* (art. 427, dernier alinéa) ;

2° Ni la présence, *dans le rayon de quatre myriamètres*, de parents, s'il n'était qu'allié, ou de parents ou d'alliés plus proches que lui (*supra*, n° 336 ; et comp. Lyon, 16 mai 1811, Tardy, Sirey 1812, II, 57 ; Cass., 1er févr. 1825, Fressinet, Sirey, 1825, I, 385 ; Duranton, t. III, n° 488 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 379 ; Taulier, t. I, p. 42).

419. — Notons aussi que des termes de l'article 432, il résulte que cette cause d'excuse dispense d'accepter la tutelle, *a suscipienda tutela*, mais ne suffirait pas pour faire décharger le tuteur de la tutelle commencée.... *a suscepta.*

Lors même donc que depuis la nomination d'un étranger comme tuteur, un parent ou un allié en état de gérer la tutelle, viendrait s'établir dans le rayon de quatre myriamètres, le tuteur étranger ne pourrait pas se faire décharger de la tutelle.

Et le conseil de famille n'aurait pas même, dans ce cas, la faculté que lui accorde la disposition finale de l'article 431, dans l'hypothèse par lui prévue.

On aurait pu sans doute étendre cette faculté à notre hypothèse; mais on ne l'a pas fait.

420. — N° 3. « Tout individu âgé de soixante-cinq « ans accomplis, peut refuser d'être tuteur.

« Celui qui aura été nommé avant cet âge, pourra à « soixante-dix ans, se faire décharger de la tutelle. » (art. 433.)

C'est à l'époque où la tutelle est déférée, soit par la loi, soit par le conseil de famille, que l'âge fixé comme cause d'excuse, doit être atteint (arg. de notre article 433 : « Celui qui *aura été nommé* avant cet âge.... »).

421. — Il est certainement moins pénible de continuer une gestion en exercice et dont on connaît les éléments, que de commencer une gestion toute nouvelle; et puis la loi, nous le savons, évite le plus possible les changements de tuteur.

Tel est le double motif qui fait que l'âge de soixante-cinq ans dispense d'accepter la tutelle, tandis qu'il faut au contraire l'âge de soixante-dix ans pour se décharger d'une tutelle déjà acceptée.

422. — Quelques auteurs enseignent qu'il suffit que la soixante-dixième année soit commencée.

Ils argumentent *a contrario* du premier alinéa de l'article 433, qui exige l'âge de *soixante-cinq ans accomplis;* tandis que le second alinéa n'ajoute pas ce mot pour les soixante-dix ans; et ils invoquent aussi l'article 2066 du Code Napoléon, qui, d'après eux, consacrerait chez nous la maxime autrefois reçue : *annus incœptus habetur pro completo* (*voy.* aussi les articles 4, 6, 12, 18, 40 et 42 de la loi du 17 avril 1832; Delvincourt, t. I, p. 113, note 7 ; Zachariæ, t. I, p. 215 ; Marcadé, t. II, p. 433, n° 1).

J'avoue que l'argument *a contrario* me touche ici infiniment peu, et qu'il me paraîtrait fort étrange, et presque *puéril*, comme dit M. Valette (sur Proudhon,

t. II, p. 336) que les rédacteurs du Code Napoléon eussent, dans une seule et même disposition, compté l'année de deux manières différentes. Je crois bien plutôt que leur pensée a été la même dans les deux cas, et qu'ils ont seulement voulu éviter une redite.

Et puis d'ailleurs, quel est le sens naturel, ou plutôt même littéral et nécessaire, de ces mots : *à soixante-dix ans ?* Évidemment, ils signifient, par eux-mêmes et par eux seuls, soixante-dix ans révolus et accomplis.

L'individu qui a soixante-neuf ans et neuf mois, n'a pas en effet soixante-dix ans.

Or, le texte de l'article 433 exige soixante-dix ans; *non videtur major esse septuaginta annis, qui annum agit septuagesimum* (L. 3, ff. *de Jure immunitatis*).

Donc, cet individu ne peut pas se prévaloir de ce texte.

On invoque l'article 2066 du Code Napoléon et les articles précités de la loi du 17 avril 1832.

Mais ces articles s'en expliquent formellement, et ils constituent une exception qui avait besoin d'être écrite. Cette exception, qui en matière de contrainte par corps, remonte à un ancien arrêt du 24 juillet 1700, avait même fini par être abandonnée dans notre ancien droit; et dans les derniers temps avant le Code Napoléon, on exigeait que, pour jouir de l'immunité concédée aux septuagénaires par l'ordonnance de 1667, les soixante-dix ans fussent accomplis (Merlin, *Rép.*, t. III, v° *Contrainte par corps*, n° 18).

Ajoutons enfin que dans notre sujet lui-même, le droit romain n'accordait la dispense de la tutelle qu'à ceux qui.... « *septuaginta annos compleverant....* » (L. 2, ff. *de Excusationibus ;* Duranton, t. III, n° 489; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 1151, note *a ;* Taulier t. II, p. 43 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 629;

de Fréminville, t. I, n° 129; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 421; Demante, t. II, n° 180 *bis*, II).

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, qui avaient d'abord enseigné la doctrine contraire, viennent d'adopter celle-ci dans leur nouvelle édition (3me t., I, p. 382, 383).

423. — Vous aviez soixante-six ans, ou même vous aviez soixante-onze ans, lorsque vous avez accepté une tutelle.

Pourrez-vous, dans le premier cas, vous en faire décharger à soixante-dix ans?

Pourrez-vous, dans le second cas, vous en faire décharger à toute époque et quand vous voudrez?

L'affirmative semblerait très-favorable; car enfin vous avez fait preuve de zèle en acceptant à soixante-six ans, et surtout à soixante-dix ans, cette tutelle, que vous auriez pu, dès cette époque même, refuser. Est-il juste de vous en punir, lorsque plus tard vous déclarez ne pouvoir plus suffire au fardeau? Convient-il de laisser à toujours la tutelle dans les mains d'un vieillard qui n'aurait plus désormais, à aucune époque, l'excuse tirée de son âge? Et l'intérêt du mineur n'exige-t-il pas que l'on vous entende? (Comp. Duranton, t. III, n° 489; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 629; Magnin, I, 372).

Pourtant le texte est formel:

« Celui *qui aura été nommé avant cet âge* (soixante-« cinq ans), pourra à soixante-dix ans se faire déchar-« ger de la tutelle. »

Donc, celui qui a été nommé *après cet âge* (soixante-cinq ans) ne peut pas se faire décharger à soixante-dix ans. Ajoutez que l'âge n'est pas une cause d'incapacité, mais une cause de dispense, et que la règle est qu'on ne peut plus invoquer les dispenses auxquelles on a d'abord renoncé; c'est ainsi que Pothier

enseignait précisément sur notre question même, que l'âge de soixante-dix ans, qui excuse bien *a suscipienda tutela*, n'excuse pas *a suscepta tutela*, *s'il n'est pas accompagné de quelque infirmité grave* (*Traité des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. IV, art. 2).

Telle me paraît être, en effet, la règle.

L'excuse légale n'existe plus, sauf la faculté qui appartient au conseil de famille d'admettre, en fait, l'excuse, ou plutôt de recevoir alors la démission du tuteur, et encore si aucun intéressé ne s'y opposait (Delvincourt, t. I, p. 113, note 6; Valette sur Proudhon, t. II, p. 335; Taulier, t. II, p. 43; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 381; Massé et Vergé, t. I, p. 421; Demante, t. II, n° 180 *bis*, I).

424. — On a induit de ces mots de l'article 433 : « Celui qui aura été *nommé* avant cet âge..., etc., » que cette excuse ne pouvait pas être invoquée par les tuteurs légitimes (Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 215, note 10).

Mais d'abord, est-ce que le tuteur légitime lui-même n'est pas *nommé* par la loi ?

Et puis, en vérité, pourquoi cette différence ? Évidemment il n'y en a aucune à faire entre les différents tuteurs ; et s'il y avait lieu d'en faire une, elle serait tout à fait en sens contraire de celle qui est proposée. Car enfin le tuteur légitime étant nommé de plein droit, on aurait dû plutôt lui permettre de s'excuser, à cause de son âge ; on aurait dû, dis-je, le lui permettre plutôt encore qu'au tuteur datif, qui est nommé en connaissance de cause, et dont la nomination même par le conseil de famille semble annoncer que, malgré son âge, il est en état de gérer la tutelle.

Et puis enfin, l'article 434 qui permet au tuteur de s'excuser ou de se faire décharger, pour cause d'infir-

mités graves, cet article emploie aussi le mot de *nomination*.

En conclurez-vous qu'il faut aussi refuser cette cause d'excuse aux tuteurs légitimes? il le faudrait dans ce système; mais cela n'est pas certainement proposable.

425. — N° 4. « Tout individu atteint d'une infir« mité grave et dûment justifiée, est dispensé de la tu« telle.

« Il pourra même s'en faire décharger, si cette infir« mité est survenue depuis sa nomination. » (Art. 434.)

Le mot *infirmité* suppose une affection, un état permanent, comme la cécité, par exemple, ou la paralysie (*voy.* au Digeste, l. 40, *de Excusationibus*).

Il ne s'applique donc pas à un accident passager, à une blessure, à une maladie.

Si pourtant la maladie était elle-même permanente, *perpetuum corporis vitium*, elle constituerait une infirmité (L. 101, § 2, ff. *de Verb. signif.*) L'avis contraire exprimé dans l' *Encyclopédie des juges de paix* (Augier, t. V, v° *Tutelle*, p. 208) me paraît donc trop absolu.

Quant à la gravité, la loi s'en remet à l'appréciation équitable du conseil de famille, et en cas de pourvoi contre sa délibération, aux magistrats (comp. Cass., 7 juin 1820, Sirey, 1820, I, 366).

Il en est de même du mode de justification qui doit, en général, émaner des hommes de l'art.

426. — Il semble résulter de l'article 434 que celui auquel *une infirmité serait survenue* AVANT *sa nomination*, et qui n'aurait pas proposé cette excuse, ne serait pas ensuite recevable à s'en prévaloir.

Et on peut argumenter aussi, en ce sens, de la solution que nous avons donnée plus haut, en ce qui concerne l'excuse résultant de l'âge (*supra*, n° 423).

Je crois en effet que telle est rigoureusement la règle. L'infirmité n'est aussi qu'une cause d'excuse; et on est libre de renoncer à celle-là comme aux autres.

Je m'empresse toutefois de reconnaître que cette solution pourrait être ici d'une dureté, d'une inhumanité intolérables, et qu'il est impossible de ne pas trouver un moyen pour en tempérer l'application.

Le tuteur pourra donc prétendre que son infirmité s'est aggravée *depuis* sa nomination, ou même qu'elle était, dès cette époque, plus grave qu'il ne l'avait pensé. Et s'il est constaté, en effet, qu'elle est telle que la gestion lui soit pénible et onéreuse, il devra être déchargé (Pothier, *des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. III, art. 2; Delvincourt, t. I, p. 113, note 5; Valette sur Proudhon, t. II, p. 337, note *a*).

427. — Remarquons d'ailleurs qu'en ce qui concerne les excuses fondées sur l'âge et sur les infirmités, la loi ne détermine aucun délai, dans lequel elles devraient être proposées sous peine de déchéance.

Le tuteur a pu vouloir lutter contre l'âge ou l'infirmité. Mais il ne saurait avoir perdu ainsi son titre à cette dispense, dont le temps ou la souffrance n'ont fait que justifier, de plus en plus, la légitimité.

428. — N° 5. — « Deux tutelles sont pour toutes « personnes, une juste dispense d'en accepter une troi- « sième.

« Celui, qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une « tutelle, ne pourra être tenu d'en accepter une se- « conde, excepté celle de ses enfants. » (Art. 435).

Deux tutelles.... c'est-à-dire deux patrimoines distincts à gérer. C'est ainsi qu'on l'a toujours entendu, en cette matière ; et rien n'annonce que le Code Napoléon ait voulu se départir de cette acception d'ailleurs fort raisonnable. *Non numerus pupillorum, sed difficultas rationum conficiendarum et reddendarum consi-*

deranda est;.... sed patrimoniorum separatio (L. 3; L. 31, § 4, ff. *de Excusat. tut.*).

La Tutelle de plusieurs frères, ayant encore leur fortune indivise, ne constitue donc qu'une tutelle unique (Pothier, *des Personnes*, loc. supra cit; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 421, 422; Demante, t. II, n° 182 *bis*, I; *voy.* aussi Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 382).

429. — Deux tutelles.... Donc, une seule tutelle ne serait pas chez nous, comme à Rome, une cause légale de dispense, fût-elle très-difficile et très-chargée.... *diffusa et negotiosa* (L. 31, § 4, ff. *de Excusat. tut.*).

429 *bis*. — Il faut d'ailleurs, sous ce rapport et en ce qui concerne l'application de l'article 435, considérer la subrogée tutelle comme une tutelle; la preuve en résulte du rapprochement des articles 426 à 435 (comp. Nîmes, 17 janv. 1837, Veissade, Dev., 1838, II, 253; Locré, *Législat. civ.*, t. VII, p. 220, 221; Zachariæ, Aubry et Rau, t, I, p. 382, 383).

430. — Celui qui est *époux* ou *père*, peut seul invoquer une seule tutelle comme dispense d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants.

Époux ou *père*.... Donc, le veuf sans enfants ne pourrait pas se prévaloir de cette dispense.

Père.... *légitime* évidemment; cela résulte du rapprochement de ces mots : *époux* ou *père*, et aussi de l'article suivant, qui ne compte que les enfants *légitimes*. C'est une faveur, c'est du moins un bénéfice, que la loi n'accorde qu'à une situation honorable et aux soins et aux devoirs qui l'accompagnent.

431. — Les enfants naturels ne comptent donc pas.

Ni les enfants adoptifs (art. 349; *infra*, n° 438).

432. — *Père*.... d'un ou de plusieurs enfants, d'enfants mineurs émancipés ou non émancipés, ou même majeurs; du moins je le crois ainsi, malgré certains

dissentiments (Zachariæ); car le texte est absolu (Delvincourt, t. I, p. 113, note 8; Marcadé, t. II; art. 435, n° 1).

433. — Vous aviez deux tutelles, et vous vous mariez.

Pouvez-vous vous faire décharger de l'une d'elles?

Je ne le crois pas; l'article 434 ne fait du titre d'époux ou de père qu'une excuse *a suscipienda tutela*, en déclarant que celui, qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une tutelle, ne pourra pas être forcé *d'en accepter* une seconde.

434. — Vous aviez déjà deux tutelles; et voilà que la tutelle de vos enfants vous est déférée.

Vous pouvez la refuser, ont répondu certains auteurs (Duranton, t. III, n° 492; Taulier, t. II, p. 45).

Vous devez l'accepter, a-t-on répliqué; mais vous avez le droit de vous faire décharger de l'une des deux autres tutelles (Marcadé, t. II, art. 435, n° 1).

Il me semble que l'article 435 ne renferme ni l'une ni l'autre de ces solutions.

Cet article se compose, en effet, de deux parties distinctes :

Dans la première, il est question de *toutes personnes* qui ne sont ni *époux* ni *père*;

Dans la seconde, il est question des personnes, qui sont *époux* ou *père*.

Cela nous paraît évident; et, dès lors, c'est mal à propos que dans notre question, où il s'agit d'un individu qui est père, on argumente de la première partie de l'article; car, c'est la seconde partie qui est alors seule applicable.

Or, cette seconde partie n'accorde nullement à celui qui a déjà deux tutelles, la faculté, soit de refuser celle de ses enfants, soit en l'acceptant, de se faire décharger de l'une des deux autres (comp. Zachariæ,

t. I, p. 215; de Fréminville, t. I, nº 132; Augier, *Encyclop. des juges de paix*, t. V, vº *Tutelle*, p. 12).

En tous cas, j'aimerais mieux encore autoriser le père à se décharger de l'une des deux autres tutelles, qu'à refuser celle de ses propres enfants.

435. — Vous avez perdu votre femme, et vous êtes tuteur de votre enfant.

Pouvez-vous refuser une seconde tutelle?

Oui, direz-vous, car je suis père et tuteur.

Mais vous êtes tuteur de vos enfants; et il me semble que l'article 435 admet que celui qui est époux ou père, peut être chargé *d'une tutelle*, outre celle de ses enfants, laquelle fait seulement exception à la règle, que celui qui est époux ou père, ne peut pas être forcé d'accepter deux tutelles.

436. — Nº 6. « Ceux qui ont cinq enfants légiti-« mes, sont dispensés de toute tutelle, autre que celle « desdits enfants.

« Les enfants morts en activité de service dans les « armées de l'Empire, seront toujours comptés pour « opérer cette dispense.

« Les autres enfants morts ne seront comptés qu'au-« tant qu'ils auront eux-mêmes laissé des enfants ac-« tuellement existants. » (Art. 436).

« Ceux qui ont cinq enfants.... » dit le texte.

Il faut donc que l'enfant soit déjà né, et encore existant; de là, les conséquences suivantes :

A. L'enfant seulement conçu n'est pas compté; car il ne s'agit pas ici de ses intérêts.

B. Mais l'enfant existant au moment de l'investiture de la tutelle, est compté, lors même qu'il viendrait à mourir; *neque rursus nocent, qui postea morientur* (L. 2, § 4, ff. *de Excusat.*; L. 231, ff. *de Verb. signif.*; L. 2, § 6, ff. *de Excusat. tut.*).

C. L'enfant mort ne compte plus.

437. — Cette dernière proposition cesse d'être vraie dans deux cas :

1° Lorsque l'enfant mort a laissé lui-même des enfants actuellement existants ; ces enfants le représentent et ne comptent, quel que soit leur nombre, que pour un. Cela résulte de la pensée, et aussi du texte même de notre article (*voy.* encore art. 914).

Les enfants de la fille comptent d'ailleurs, dans notre droit, aussi bien que ceux du fils, à la différence du droit romain (Inst., *de Excusat. tut.*, princip.);

2° Lorsque l'enfant est mort en activité de service dans les armées de l'Empire.

En activité de service.... C'est-à-dire non retraité ni réformé ; ce qui comprend les employés militaires comme les militaires eux-mêmes ;

Le Code Napoléon, d'ailleurs, n'exige pas, comme la loi romaine, que l'enfant soit mort *in acie*, en combattant. L'enfant mort à la suite d'une maladie ordinaire, est donc compté, s'il était en activité de service. M. Berlier l'a formellement déclaré (Fenet, t. X, p. 585).

Et je ne crois pas même que l'on doive, comme on l'a proposé (Zachariæ, t. I, p. 216), excepter l'enfant qui aurait succombé dans un duel ou qui se serait suicidé, ou même qui aurait été exécuté. La loi ne veut pas, et avec grande raison, que l'on s'enquière du genre de mort (art. 85 ; Delvincourt, t. I, p. 113, note 11).

438. — La dispense n'est accordée qu'à l'existence des enfants *légitimes*. L'enfant naturel reconnu ne sera donc point compté, ni l'enfant adoptif, qui compte dans sa famille naturelle (art. 348, *supra*, n° 431 ; *voy.* pourtant, en sens contraire, M. Magnin, t. I, n° 378).

439. — L'enfant absent, présumé ou déclaré, compterait-il ?

Sa mort n'est pas prouvée ; et il devrait certaine-

ment faire nombre, du moins pendant tout le temps de l'envoi en possession provisoire.

Mais après l'envoi définitif, je serais porté à admettre la négative (*voy.* notre t. II, nº 145).

440. — M. Magnin comptait l'enfant mort civilement (t. I, nº 378); car le père lui devait encore des aliments.

Cette solution était favorable; et je pense qu'elle aurait pu être suivie.

441. — Ce n'est là, d'ailleurs, qu'une cause de dispense *a suscipienda tutela.*

Et la survenance d'enfant pendant la tutelle, n'autorise point à l'abdiquer (art. 437).

442. — Nº 7. Rappelons encore ici l'excuse légale que l'article 394 accorde à la mère survivante, qui peut se dispenser d'accepter la tutelle.

443. — Cette excuse pourrait-elle être invoquée par l'ascendante que le conseil de famille aurait nommée tutrice? (Art. 442-3º).

MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing enseignent la négative, dans laquelle, d'ailleurs, ils voient eux-mêmes une *véritable anomalie* (t. I, nº 602).

L'anomalie, en effet, ou plutôt la contradiction serait telle, qu'il est permis de penser que les rédacteurs n'ont pas voulu la consacrer, et de chercher, dès lors, *a fortiori*, dans l'article 394, une cause d'excuse pour l'aïeule.

A fortiori, dis-je; car : 1º la mère est plus jeune, et serait encore plus en état que l'aïeule, de gérer la tutelle; 2º le devoir de la gérer serait bien plus étroit encore pour la mère que pour l'aïeule;

Or, malgré ces différences, la loi permet à la mère de s'excuser;

Donc, elle n'a pas pu vouloir refuser cette excuse à l'aïeule.

Dira-t-on que c'est de la tutelle légale que la mère peut s'excuser, tandis que l'aïeule s'excuserait de la tutelle dative, et qu'on peut croire que le conseil qui l'a nommée, en connaissance de cause, l'a ainsi reconnue en état de gérer?

L'objection serait bonne, si le conseil de famille était appelé à apprécier l'excuse présentée par la mère; mais il n'en est pas ainsi. Cette excuse est péremptoire; et c'est à la mère elle-même, à elle seule, que la loi s'en rapporte sur le point de savoir si elle se sent capable de gérer la tutelle (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 381).

444. — Si la mère, après avoir accepté la tutelle, en était ensuite déchue de plein droit, pour s'être remariée sans avoir convoqué le conseil de famille, et qu'elle fût, après cela, nommée tutrice par ce conseil, nous croyons qu'elle ne pourrait pas s'excuser. Elle a renoncé à son excuse, en acceptant d'abord la tutelle; et la déchéance, qu'elle a encourue, ne saurait lui profiter en lui rendant cette excuse. Il ne s'agit pas d'ailleurs, à vrai dire, d'une nouvelle tutelle.

445. — Telles sont, aujourd'hui, les causes légales d'excuses ou de dispenses.

Le Code Napoléon les a empruntées à notre ancienne jurisprudence française, qui les avait elle-même puisées dans le droit romain.

Mais le Code Napoléon, en les précisant, en a d'ailleurs assez notablement rétréci le cercle.

On ne pourrait donc plus, par exemple, admettre maintenant comme causes d'excuses légales : ni la pauvreté; ni l'ignorance (Cass., 7 juin 1820, Virginie Hours, Sirey, 1820, I, 366); ni la dispersion des biens du pupille; ni l'éloignement de la résidence du tuteur du lieu où la tutelle doit être gérée (*supra*, n° 410); ni l'exercice de l'enseignement public, quoi-

que peut-être ce ne fût pas sans raison que Pothier écrivait que : « le temps des professeurs étant entièrement consacré à l'étude pour l'instruction des étudiants, ils ne doivent pas en être détournés. » (*Des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. IV, art. 2; Merlin, *Rép.*, t. XIV, v° *Tutelle*, sect. IV.)

446. — C'est une question importante, et, selon moi, fort délicate, que celle de savoir si les conseils de famille et les magistrats peuvent admettre d'autres causes d'excuses que celles qui ont été consacrées par le Code Napoléon.

L'affirmative est enseignée par M. Valette, qui pense que « la loi n'a pas entendu énumérer les causes d'excuses dans un sens absolument limitatif, mais seulement indiquer celles que le conseil de famille et les tribunaux ne peuvent refuser de prendre en considération, lorsqu'elles sont justifiées; quant aux excuses non comprises dans cette énumération de la loi, on pourra les écarter ou les admettre, suivant les circonstances. » (Sur Proudhon, t. II, p. 340; ajout. Marcadé, art. 441; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 420; Demante, t. II, n° 186 *bis*, II.)

Delvincourt enseignait aussi que le conseil de famille « peut admettre la démission du tuteur sans cause légitime. » (T. I, p. 114, note 3.)

Cette doctrine paraît être, j'en conviens, très-raisonnable.

Voilà, par exemple, une tutelle compliquée qui échoit à un homme tout à fait illettré : *qui litteras nescit* (Inst., § 8, *de Excusat.*); ou bien c'est un homme qui a accepté la tutelle après l'âge de soixante-cinq ans accomplis (*supra*, n° 424), ou qui a laissé passer le délai dans lequel il devait proposer son excuse; n'est-il pas conforme à l'équité et à l'intérêt même du mineur, que le conseil de famille et les magistrats

puissent apprécier ces circonstances, et admettre l'excuse, si elle semble effectivement bien fondée? On ne doit donc pas penser que le législateur ait entendu leur refuser ce pouvoir.

447. — Je n'ignore pas qu'en fait, les choses se passent souvent ainsi; et cela est au mieux, assurément, lorsque l'on est d'accord et que personne ne réclame.

Mais il s'agit ici d'une question de droit; nous devons donc rechercher si cette thèse est juridique, et si en effet, la délibération du conseil de famille, qui aurait excusé une personne de la tutelle pour une cause non consacrée par la loi, pourrait être maintenue par les magistrats, dans le cas où elle serait attaquée devant eux; ou si les magistrats eux-mêmes pourraient admettre une telle excuse, dans le cas où le conseil de famille l'aurait rejetée.

Or, c'est là ce qui me paraît très-difficile à justifier :

1° La règle est que toute personne doit accepter la tutelle qui lui est déférée, ou en continuer la gestion, si elle n'a pas une cause d'excuse pour se dispenser de l'accepter ou pour s'en faire décharger (art. 1370; *supra*, n° 392);

Or, la loi elle-même a déterminé les causes d'excuses;

Donc, en dehors de ces causes, la règle reprend nécessairement son empire.

2° Cet argument nous paraît détruire la base même de l'opinion contraire.

On dit que l'énumération des causes légales d'excuses n'est pas limitative. On prétend distinguer deux sortes d'excuses : les unes, que les conseils de famille et les tribunaux devraient admettre, lorsqu'elles seraient justifiées; les autres, qu'ils auraient la faculté d'admettre ou de rejeter.

Mais sur quel texte reposent donc cette affirmation et cette distinction?

On n'en cite aucun; et la vérité est qu'en dehors des causes légales d'excuse, on se trouve immédiatement en face de la règle par laquelle la loi elle-même fait au tuteur un devoir d'accepter ou de continuer la tutelle.

3° Notez que cette règle intéresse non-seulement le mineur, mais les tiers, mais quiconque va se trouver appelé à la tutelle, en remplacement de la personne qui en serait illégalement dispensée;

Or, précisément le législateur n'a pas voulu de cet arbitraire ; il a précisé, il a limité les causes d'excuses;

Donc, c'est méconnaître ses intentions, c'est usurper ses droits et détruire son ouvrage, que d'élargir le cercle dans lequel il les a renfermées.

Les causes légales d'excuses sont d'ailleurs assez compréhensives, pour s'étendre à tous les cas où il sera véritablement convenable de dispenser une personne de la tutelle. Vous êtes illettré; et la tutelle est difficile et embrouillée.... eh bien! l'article 444 pourra vous venir en aide; car cette cause d'exclusion et de destitution devrait sans doute être admise *a fortiori* comme une cause d'excuse.

4° L'article 431, en autorisant le conseil de famille à changer le tuteur, en dehors des causes légales d'excuses, d'exclusions, ou de destitutions, prouve encore même, ce me semble, par cette disposition spéciale, que la règle générale est contraire.

5° Enfin j'avoue que je ne comprends pas bien comment le tribunal et la Cour impériale pourraient être appelés à délibérer sur une cause d'excuse non reconnue par la loi. Notez qu'il ne s'agit pas ici d'une homologation quelconque; c'est un véritable procès, que

soulève la question de savoir si une excuse de tutelle doit ou non être admise. Quelles seraient donc, pour les magistrats, les bases de leur délibération et de leur décision, si vous les placiez ainsi en dehors de la loi, ou plutôt en contradiction avec cette loi ?

En fait, je le répète, je conçois ces changements volontaires du tuteur, ces changements, je dirais presque *à l'amiable*. Le conseil apprécie toutes les circonstances, toutes les considérations, petites et grandes ; il n'excuse peut-être celui-ci que parce qu'il y en a là un autre, qui veut bien accepter à sa place ; mais toutes ces appréciations ne constituent pas des raisons de droit, des arguments juridiques, qui puissent être portés à l'audience; car elles sont, je le répète, en dehors de la loi.

6° Je ne connais qu'un cas dans lequel la démission du tuteur pourrait être agréée, c'est celui où elle ne serait donnée que pour conjurer l'éclat et la honte d'une destitution. Cela est alors raisonnable; et l'article 448, en admettant que le tuteur peut adhérer à la délibération qui prononce sa destitution, admet *a fortiori* qu'il peut la prévenir.

Mais alors c'est bien vraiment pour une cause légale que le tuteur cesse ses fonctions (comp. Cass., 17 février 1835, Pelleport, Dev., 1835, I, 81; Bourges, 13 avril 1835, *J. du P.*, à sa date; Paris, 24 juillet 1835, de Pastoret, D., 1835, II, 156; Rouen, 30 mars 1844, L.... C. Debans, D., 1844, I, 156; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 379).

448. — Telle est la thèse, qui nous paraît la plus juridique.

Tout au plus, pourrait-on admettre que le conseil de famille aurait seul la faculté de recevoir la démission du tuteur, en dehors des causes légales d'excuse, et d'en nommer un autre à sa place; qu'il aurait,

dis-je, cette faculté en vertu du pouvoir qui lui appartient de nommer le tuteur datif (Marcadé, t. II, art. 394; art. 441, n° 2).

Et encore, cela est-il très-contestable, puisque, après tout, le conseil de famille ne peut nommer un tuteur que dans les cas prévus par l'article 405, c'est-à-dire lorsque la tutelle est légalement vacante.

449. — Les causes d'excuses sont établies dans l'intérêt de celui qui est appelé à la tutelle. Il peut donc y renoncer.

Le Code n'a pas déterminé, pour tous les cas du moins, les conditions et les formes de cette renonciation ; et ce sont les principes généraux, en matière de manifestation de volonté, qu'il faut ici appliquer.

La renonciation peut donc être expresse ou tacite (*supra*, n° 113).

Expresse : lorsqu'elle résulte d'une déclaration faite dans un acte quelconque ou même verbalement (si la déclaration verbale est avouée) ;

Tacite : lorsqu'elle résulte de la conduite du tuteur, comme si par exemple il a fait nommer un subrogé tuteur, ou s'il a laissé expirer le délai que la loi lui accordait pour présenter son excuse (comp. art. 394, 430, 431, 439).

450. — C'est le conseil de famille qui est d'abord chargé d'apprécier, d'admettre ou de rejeter les causes d'excuses.

Il nous reste à voir comment et dans quel délai ces excuses doivent lui être proposées.

La loi ne veut pas ici de lenteur ni de retard; et en général, le tuteur ou subrogé tuteur doit se prononcer promptement.

Notre texte (art. 438, 439) paraît ne s'occuper que du tuteur datif.

Mais il est facile de compléter ces dispositions, en

les appliquant, par analogie, aux tuteurs légitimes et testamentaires.

451. — Et d'abord, si le tuteur datif (ou le subrogé tuteur) est présent à la délibération qui lui défère la tutelle (ou la *subrogée tutelle*), il doit, *sur-le-champ*, proposer ses excuses, sous peine d'être déclaré ensuite non recevable (art. 438).

Cette disposition s'applique à la cause d'excuse écrite dans l'article 427, résultant des fonctions, services ou missions, comme à toutes les autres; seulement il faut, bien entendu, que le tuteur ou subrogé tuteur n'ait pas ignoré, à ce moment-là, que ces fonctions, services ou missions lui étaient dévolus.

452. — Nous croyons que l'article 438 ne serait pas applicable à celui qui était représenté dans le conseil de famille par un mandataire.

En vain M. Magnin objecte que « dans les affaires civiles, on est présent, quand on est représenté. » (T. I, n° 379.)

Cette personne a bien pu ne pas prévoir que la tutelle lui serait déférée. Le mandataire, qui n'a pas reçu d'instructions à ce sujet, peut ignorer la cause d'excuse; or, puisqu'il s'agit ici d'un acte de volonté, au moins faut-il que la personne elle-même soit avertie. La loi ne doit vouloir faire de surprise à personne (Delvincourt, t. I, p. 114, note 1; Duranton, t. III, n° 494; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 384; Massé et Vergé, t. I, p. 423).

453.—Que si le tuteur n'a pas assisté à la délibération qui lui a déféré la tutelle, il doit, sous la même peine de déchéance, faire convoquer le conseil de famille et lui proposer ses excuses, dans le délai de trois jours, à partir de la notification qui lui est faite de sa nomination. Ce délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où s'est

tenue l'assemblée et le domicile du tuteur (comp. art. 439 C. Nap. et 882 procéd.).

M. Magnin me paraît encore une fois bien sévère (*supra*, n° 452), lorsqu'il enseigne que le délai de trois jours est nécessairement fatal, et que la déchéance est encourue, par son expiration, lors même que le tuteur, en voyage au moment où la notification de sa nomination a été faite à son domicile, n'en aurait pu avoir connaissance (t. I, n° 380).

Sans doute, une règle fixe a ses avantages; mais il ne faut pourtant pas que cette règle soit aveugle et injuste. Aussi penserais-je, par les motifs que j'ai donnés plus haut, que, dans les circonstances exceptionnelles d'absence, ou même de maladie grave, le délai de trois jours ne courrait qu'à partir de celui où le tuteur aurait eu connaissance de sa nomination (Duranton, t. III, n° 496; Taulier, t. II, p. 47; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra*; Massé et Vergé, *loc. supra*).

454.—Que décider, en ce qui concerne les tuteurs testamentaires et légitimes?

On pourrait soutenir que la règle est aussi la même pour eux, et que l'article 439 leur est applicable par analogie. Seulement le délai ne courrait contre eux que du jour où ils auraient eu connaissance de l'événement qui leur a déféré la tutelle (arg. de l'article 418; comp. Delvincourt, t. I, p. 288; Magnin, I, 381; Taulier, t. II, p. 46, 47; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 423).

Cette doctrine paraît en effet plausible; et nous l'avons nous-même d'abord proposée.

Toutefois, nous croirions finalement qu'il serait plus sûr de décider que l'article 439 ne s'appliquant pas aux tuteurs testamentaires et légitimes, il n'y a, en réalité, en ce qui les concerne, aucun délai fixé par la

loi, dans lequel ils doivent, sous peine de déchéance, proposer leurs excuses. C'est donc d'après les circonstances particulières du fait, que le conseil de famille aurait à décider si le retard qu'ils ont mis à les proposer, emporte ou non de leur part acceptation de la tutelle (comp. Demante, t. II, n° 185 *bis*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 384).

455.—Si les excuses sont admises par la majorité du conseil, les membres de la minorité peuvent se pourvoir contre la délibération, en vertu du principe général que nous avons exposé (*supra*, n° 337).

Si les excuses sont rejetées, la délibération peut être attaquée, soit par le tuteur, soit par les membres du conseil qui étaient d'avis de les admettre.

Et elle pourrait être attaquée par le tuteur, dans le cas même où la délibération aurait été prise à l'unanimité. L'article 440, en effet, lui accorde, avec raison, ce droit dans des termes absolus.

456.—Dans quel délai le tuteur doit-il former ce pourvoi?

Le texte ne l'a pas dit; et on en a conclu que l'exercice de cette action n'est soumis à aucun délai fatal, parce qu'on ne peut pas étendre à ce cas la disposition du second alinéa de l'article 439 (Zachariæ, t. I, p. 218).

Cela me paraît juste; mais notons que l'incertitude ne pourra pas être longue; car les excuses étant rejetées, il faudra que le tuteur entre en fonctions ou réclame. S'il entre en fonctions, il adhère à la délibération; et il devient, ainsi, non recevable à réclamer.

457.—L'article 440 oblige le tuteur à administrer provisoirement pendant le litige.

Est-ce une tutelle?

Il faut distinguer :

Oui, si finalement les excuses sont rejetées; le tuteur aura eu cette qualité *ab initio*.

Non, si les excuses sont admises ; car il sera réputé n'avoir jamais été tuteur.

On conçoit, dès lors, qu'en cet état, il est convenable qu'il ne fasse que les actes d'administration nécessaires, que les actes urgents (art. 394; *supra*, n° 108).

458.—Si le tuteur succombe, il sera condamné aux dépens, suivant la règle générale (art. 441 C. Nap.; 130 procéd.).

Si, au contraire, il réussit, la loi laisse aux magistrats la faculté d'apprécier les motifs qui ont dirigé les membres du conseil, qui ont rejeté les excuses, pour les condamner ou ne point les condamner aux dépens.

Cette disposition spéciale est fondée : 1° sur ce que les membres du conseil, s'ils ont agi de bonne foi, ont rempli un devoir qui leur était imposé par la loi; 2° sur ce qu'il aurait été dangereux pour le mineur lui-même, de les condamner aux dépens pour s'être trompés dans l'accomplissement de ce devoir ; car la crainte de cette condamnation aurait pu altérer l'indépendance et la fermeté de leur opinion.

Dans le cas où les magistrats ne condamnent pas les membres du conseil aux dépens, c'est, bien entendu, le mineur, dans l'intérêt duquel ces dépens ont eu lieu, qui les supporte.

459.—Le droit romain avait prévu le cas où le tuteur aurait obtenu sa dispense, *falsis allegationibus;* et il déclarait que, dans ce cas, il n'était pas *liberatus ab onere tutelæ* (Inst., § 20, *de Excusat.*).

Nous n'avons point aujourd'hui de texte semblable.

Si aucune décision judiciaire n'avait été rendue, la délibération, qui a admis cette fausse excuse, pourrait être attaquée.

Que si les tribunaux avaient déjà prononcé, je crois

que nous ne pourrions revenir contre ce tuteur qu'autant que les voies admises par la loi pour faire rétracter les jugements ou les arrêts, nous en fourniraient le moyen (art. 480 Cod. de Procéd.).

N° 2. — *Des causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution (en ce qui concerne le tuteur et le subrogé tuteur).*

SOMMAIRE.

460. — La tutelle est un droit en même temps qu'elle est une charge; et on ne peut en écarter une personne que dans les cas d'*incapacité*, d'*exclusion* ou de *destitution* déterminés par la loi.
461. — Quelle est l'acception exacte de ces trois mots?
462. — Division.

A. — *Quelles sont les causes d'incapacité?*

463. — 1° Du mineur. — Du père ou de la mère mineurs.
464. — *Quid*, des père et mère naturels? — Renvoi.
465. — Quels sont les pouvoirs du père ou de la mère mineurs appelés à la tutelle de leur enfant?
466. — Suite.
467. — 2° De l'interdit.
468. — Cette incapacité s'applique-t-elle à celui qui a été seulement pourvu d'un conseil judiciaire, soit pour cause de faiblesse d'esprit, soit pour cause de prodigalité?
469. — *Quid*, des personnes non interdites, mais dont les facultés intellectuelles seraient pourtant dérangées?
470. — 3° Des femmes.
471. — Il faut excepter la mère et les ascendantes.
472. — Les ascendantes encore mariées ou remariées pourraient-elles être nommées tutrices?
473. — Il faut noter encore un cas dans lequel une femme peut être tutrice; c'est celui de l'article 507.
474. — 4° De ceux qui ont ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis.
475. — *Quid*, si le procès existe entre le mineur et l'enfant ou le conjoint du tuteur? — entre le tuteur et le père ou la mère du mineur? — Ou si c'est le mineur lui-même qui conteste à l'une de ces personnes une partie notable de ses biens?
476. — Suite. — *Quid*, de celui qui serait l'héritier présomptif de l'adversaire du mineur?

B. — *Quelles sont les causes d'exclusion ou de destitution?*

C. — *De quelle manière les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution doivent-elles être appliquées?*

460. — La tutelle est une charge; mais elle est aussi un droit. « On ne peut pas en priver un individu *malgré lui,* disait Meslé, et sans connaissance de cause. » (*Des Minorités*, t. I, part. I, chap. x, nº 24.)

C'est la loi elle-même qui détermine les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution.

461. — Ces trois mots expriment trois situations qui, pour être voisines l'une de l'autre, ne sont pourtant pas identiques et ne doivent pas être confondues.

L'incapacité produit, il est vrai, finalement le même résultat que l'exclusion et la destitution.

Comme l'exclusion, elle écarte de la tutelle celui que la loi en déclare incapable.

Comme la destitution, elle lui enlève la tutelle dont il était déjà investi, lorsqu'elle survient pendant la gestion.

Mais ce résultat, l'incapacité le produit par des mo-

tifs différents de ceux sur lesquels l'exclusion et la destitution sont fondées, par des motifs qui n'affectent pas l'honneur ou la probité de la personne que l'on déclare incapable.

L'exclusion s'applique au tuteur qui n'est pas encore entré en fonctions, c'est-à-dire au tuteur légitime et testamentaire. Quant à la tutelle dative, on ne nommera pas une personne qui se trouverait dans un cas d'exclusion; cela est bien plus simple que de l'exclure.

La destitution s'applique indistinctement à tous les tuteurs en exercice, légitimes, testamentaires ou datifs.

462. — A. Quelles sont les causes d'incapacité ?

B. Quelles sont les causes d'exclusion ou de destitution?

C. De quelle manière ces différentes causes doivent-elles être appliquées?

Examinons ces trois points.

A. — *Quelles sont les causes d'incapacité ?*

463. — L'article 442 est ainsi conçu :

« Ne peuvent être tuteurs (ni membres du conseil « de famille) :

« 1° Les mineurs, excepté le père et la mère ;

« 2° Les interdits;

« 3° Les femmes autres que la mère et les ascen- « dantes ;

« 4° Tous ceux qui ont ou dont les père et mère « ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de « ce mineur ou une partie notable de ses biens sont « compromis. »

1° Et d'abord *les mineurs.*

Il est clair que celui qui n'est pas encore capable, ne

pouvait pas être chargé de diriger un autre incapable.

Le texte absolu de la loi s'applique d'ailleurs, sans distinction, à tout mineur émancipé ou non émancipé. Le mineur émancipé, sans doute a été jugé capable d'administrer sa propre fortune; mais il ne convenait pas néanmoins de lui confier encore la gestion de la fortune d'autrui. Nous verrons, en effet, que les pouvoirs d'administration du tuteur sont plus étendus que ceux du mineur émancipé (comp. art. 450, 464, 465 et 481, 482).

Et la preuve que le mineur même émancipé ne peut pas être tuteur, se trouve encore dans l'exception relative au père et à la mère.

Le mariage, en effet, ayant émancipé l'un et l'autre, ils auraient été capables d'être tuteurs, si le mineur émancipé avait pu l'être.

Mais il a fallu, au contraire, un texte spécial pour les admettre.

Cette exception d'ailleurs est justifiée par la nature elle-même, par toutes les garanties que présente la tendresse paternelle. Ajoutons qu'en général les mineurs, qui ont un enfant légitime, sont déjà bien près de leur majorité (*supra*, n° 44).

464. — Il est entendu que nous ne nous occupons encore que des enfants légitimes.

Nous verrons s'il y a lieu d'appliquer cette disposition au père et à la mère naturels (*infra*, Appendice).

465. — Peut-être est-il regrettable que le Code Napoléon n'ait pas dit quels seront alors les pouvoirs du père ou de la mère mineur appelé à la tutelle de son enfant.

Il nous paraît impossible, effectivement, de leur laisser, dans tous les cas, les mêmes pouvoirs qu'au tuteur ordinaire; et nous croyons qu'il faut distinguer :

Les actes que le mineur émancipé peut faire seul et sans aucune assistance, pour son propre compte, le père ou la mère pourra les faire seul et sans aucune assistance, pour le compte de son enfant mineur (art. 481).

Quant aux actes pour lesquels le mineur émancipé a besoin, dans ses propres affaires, de l'assistance de son curateur, il ne pourra pas non plus les faire seul, au nom du mineur. La loi n'a pu vouloir raisonnablement lui conférer, sur le bien de son enfant, des pouvoirs qu'à raison de son inexpérience présumée, elle lui refuse sur son propre bien. Ainsi, par exemple, il ne pourra pas seul recevoir un capital mobilier dû au mineur ni défendre, en son nom, à une action immobilière (comp. art. 450, 464, 465, 482).

Mais qui est-ce qui l'assistera dans ces circonstances ?

Son curateur à lui-même ? ou le subrogé tuteur de son enfant?

Marcadé (art. 442) et MM. Massé et Vergé (sur Zachariæ, t. I, p. 409), enseignent qu'il doit être assisté de son propre curateur.

Il nous semble plus convenable d'appeler le subrogé tuteur, puisqu'il s'agit des affaires de la tutelle à la surveillance de laquelle il est spécialement préposé (comp. Duranton, t. III, n° 502 ; Valette sur Proudhon, t. II, p. 343; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 1161, note *a;* Taulier, t. II, p. 49).

Tel est également aujourd'hui l'avis de MM. Aubry et Rau, qui avaient d'abord professé le sentiment contraire (sur Zachariæ, t. I, p. 359, 360).

466. — C'est par le même motif que lorsque l'autorisation du conseil de famille sera requise pour un acte de la tutelle, il faudra la demander non pas au conseil de famille du père ou de la mère mineur éman-

cipé et tuteur, mais au conseil de famille du pupille lui-même.

467. — 2° L'incapacité des individus interdits pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur, se justifie d'elle-même (art. 489).

Quant à celui qui est interdit (légalement) pour crime (art. 29 C. pén.), nous allons voir qu'il est exclu.

468. — Cette incapacité s'applique-t-elle à celui qui a été pourvu seulement d'un conseil judiciaire, soit pour cause de faiblesse d'esprit (art. 499), soit pour cause de prodigalité ? (Art. 513.)

Une première opinion assimile, en ce point, à l'interdit, tout individu pourvu d'un conseil judiciaire, pour l'une ou l'autre de ces causes sans distinction (Delvincourt, t. I, p. 114, note 7 ; Taulier, t. II, p. 50).

Une autre opinion distingue et ne déclare incapable de la tutelle que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit, sans y comprendre également celui qui n'a été pourvu d'un conseil que pour cause de prodigalité (Duranton, t. III, n° 503; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 335).

Je n'admettrais, en principe, ni l'une ni l'autre de ces opinions ; et je pense que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire pour l'une ou l'autre des causes que nous avons énoncées (art. 499, 513), ne peut être déclaré précisément incapable de la tutelle :

1° Les incapacités et les exclusions sont de droit étroit ; et elles ne peuvent pas être étendues au delà des limites dans lesquelles la loi elle-même les a renfermées (Caen, 15 janv. 1811, de Pierrepont, Sirey, 1812, II, 206; Bruxelles, 20 juillet 1812, Pauwels, Sirey, 1813, II, 67; Cass., 21 nov. 1848, Lherbelin, Dev., 1848, I, 677);

Or, d'une part, l'article 442 ne déclare incapable

que l'interdit; d'autre part, l'individu pourvu seulement d'un conseil judiciaire, n'est pas interdit ;

Donc, cet individu n'est pas incapable de la tutelle.

2° Cet argument est en forme, et je suis d'autant plus disposé à l'admettre, que nous ne sommes pas sans ressources contre les dangers qui pourraient résulter de cette doctrine.

En effet, aux termes de l'article 444, l'*incapacité*, c'est-à-dire le défaut d'intelligence, d'aptitude dans l'administration est une cause d'exclusion ou de destitution; et le conseil de famille pourra, dès lors, très-bien, en vertu de cet article, éloigner de la tutelle l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. Le jugement, qui lui aura nommé ce conseil, sera au premier rang des preuves qui établiront la cause d'exclusion ou de destitution.

Objecterez-vous qu'il vaudrait mieux le déclarer incapable (ce qui n'entraîne aucune déconsidération) que de lui infliger l'humiliation d'une exclusion ou d'une destitution?

Je répondrai d'abord qu'on pourra l'inviter à se démettre et à proposer lui-même son incapacité comme *excuse* (*supra*, n° 447).

Je répondrai ensuite, qu'après tout, il ne serait pas impossible que l'individu pourvu d'un conseil pour cause de prodigalité, fût néanmoins un loyal et intelligent administrateur du bien d'autrui.

Nous ne devons donc pas voir là nécessairement une cause d'*incapacité*, puisque la loi ne l'a pas prononcée ; puisque cette cause pourrait en effet, dans certains cas, ne pas exister ; et puisque enfin nous avons un autre moyen d'arriver, dans l'intérêt du mineur, au même résultat en connaissance de cause.

Il est vrai que j'ai pensé que le mari, pourvu d'un conseil judiciaire, ne pouvait pas plus que le mari

interdit, autoriser lui-même sa femme, dans le cas où cette autorisation serait nécessaire. Mais j'ai dit pourquoi ; c'est que, d'après les textes relatifs à cette matière, l'autorisation ne peut jamais être accordée que par le mari lui-même, majeur et capable ; c'est que la loi n'admet pas même que le mari mineur puisse autoriser sa femme et qu'elle exige alors l'autorisation de justice (*voy.* aussi *infra*, n° 512, et notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 226 ; comp. Toullier, t. II, n°s 1169 et 1171 ; Proudhon et Valette, t. II, p. 347 ; Marcadé, t. II, art. 442, n° 2 ; Chardon, *Puissance tutélaire*, n° 366 ; de Fréminville, t. I, n° 93 ; Demante, t. II, n° 191 *bis*, II).

469. — Que décider, à l'égard des personnes non interdites, mais dont les facultés intellectuelles seraient pourtant dérangées ?

Faudra-t-il donc faire prononcer leur interdiction, l'interdiction de l'aïeul du mineur, par exemple, pour établir qu'il est incapable d'être tuteur ?

Une telle proposition n'est pas admissible ; et il ne faut pas réduire à de telles extrémités une famille qui veut cacher, au contraire, cette infirmité d'un de ses membres (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 43 ; ajout. Cass., 3 mai 1842, Bernier, Dev., 1842, I, 493).

De deux choses l'une :

Ou cette altération des facultés sera présentée comme cause d'excuse ; et alors le conseil de famille pourra l'admettre ; car c'est là, certes, une grande *infirmité* (art. 434) ;

Ou la personne, ainsi atteinte, ne voudrait pas elle-même se faire excuser ; et alors on prononcerait son exclusion et sa destitution pour cause d'incapacité de gestion ; car nous supposons qu'elle ne gère pas sa propre fortune et que sa famille elle-même l'administre.

Que si cette personne était placée dans un établissement public ou privé d'aliénés, le certificat d'admission ne laisserait aucun doute sur la légitimité de la cause d'excuse, d'exclusion, ou de destitution.

470. — 3° Les femmes sont incapables d'être tutrices.

Les femmes sans distinction : filles, mariées ou veuves.

C'est à raison de leur sexe que cette incapacité est prononcée.

Sans doute, en principe général, la femme majeure est, dans notre droit, aussi capable que l'homme lui-même, de tous les actes de la vie civile, sauf, en cas de mariage, la nécessité de l'autorisation (*voy.* notre *Traité* précité, t. II, n° 114).

Ce principe, toutefois, s'applique surtout à ses propres affaires, ou même aux affaires d'autrui qui lui sont confiées volontairement par le maître (art. 1990).

Mais la loi n'a pas cru devoir l'étendre jusqu'à la gestion d'une tutelle. Elle n'a pas cru qu'il convînt d'enlever la femme à ses devoirs de famille et à cette réserve d'habitudes que son sexe lui commande, pour la charger d'une mission presque publique, et pour laquelle son aptitude est généralement très-douteuse.

471. — La loi excepte, toutefois :

La mère, qui est tutrice légale (ou naturelle) de ses enfants (art. 390, *supra*, n° 463);

Et les ascendantes, qui ne sont point tutrices légitimes, mais qui peuvent seulement être appelées à la tutelle testamentaire (art. 401) ou dative.

472. — Les ascendantes encore mariées, ou remariées, pourraient-elles être nommées tutrices?

Nous croyons bien que le texte de l'article 442-3° suppose qu'elles sont veuves ; car si l'ascendant existait, il serait tuteur légitime (art. 402). Telle est, vrai-

semblablement, la seule hypothèse que notre article ait eue en vue.

En fait, d'ailleurs, notre question s'élèvera très-rarement; car, si le dernier mourant des père et mère, ou le conseil de famille, ont confiance dans le nouveau mari de l'ascendante, c'est lui qu'ils nommeront tuteur; et s'ils ne veulent pas de lui comme tuteur, ils ne nommeront certainement pas l'ascendante, qui est sous son autorité.

Quoi qu'il en soit, abordons notre question.

Trois systèmes pourraient être proposés :

1° On peut soutenir que l'ascendante ne peut être nommée tutrice que lorsqu'elle est actuellement veuve.

Celui qui ne peut pas être membre du conseil de famille, ne peut pas, *a fortiori*, être tuteur (comp. art. 442, 445);

Or, aux termes de l'article 408, les ascendantes veuves sont seules appelées au conseil de famille;

Donc, il n'y a que les ascendantes veuves qui puissent être appelées à la tutelle.

2° On peut prétendre, au contraire, que l'ascendante, mariée ou remariée, peut être nommée seule tutrice, sans même que son mari soit nommé cotuteur.

L'article 442-3° autorise, dans les termes les plus absolus, la nomination des ascendantes à la tutelle testamentaire ou dative; il ne distingue pas si l'ascendant est incapable, excusé, exclu ou destitué; il ne distingue pas si l'ascendante veuve s'est ou ne s'est pas remariée;

Donc, il est impossible d'admettre ces distinctions en dehors du texte, d'autant plus que le choix du dernier mourant des père et mère, ou du conseil de famille, offre de suffisantes garanties.

L'article 408 dit bien, il est vrai, que les ascendan-

tes, mariées ou non mariées, ne font pas, *de droit*, partie du conseil de famille, mais il ne défend pas de les y appeler.

3° Il est une dernière opinion, qui soutient que si les ascendantes mariées peuvent être nommées tutrices, ce n'est qu'à la condition que leurs maris seraient nommés cotuteurs.

Je serais, pour ma part, porté à croire que les rédacteurs du Code Napoléon, dans l'article 442, n'ont songé qu'aux ascendantes veuves, et que ce serait se conformer à leur intention, que de ne point appeler à la tutelle les ascendantes mariées ou remariées.

Mais enfin, si l'on pensait que la généralité des termes de l'article 442 autorise, en effet, à les nommer dans tous les cas, je voudrais alors, avec la troisième opinion, que leurs maris fussent nommés cotuteurs.

J'ai exposé plus haut (n° 131) les motifs sur lesquels est fondé l'article 396, qui exige que le second mari de la mère, maintenue dans la tutelle des enfants de son premier lit, soit nécessairement nommé cotuteur;

Or, ces motifs s'appliquent avec la même force, à tous les cas où une femme mariée serait nommée tutrice;

Donc, la disposition de l'article 396 doit comprendre également tous ces cas.

Les rédacteurs n'ont prévu, très-vraisemblablement, qu'une seule hypothèse, où une femme mariée serait tutrice; c'est celle de l'article 396; et voilà pourquoi, sans doute, ils ne s'en sont expliqués que dans cet article.

Mais si on admet que, dans une autre hypothèse encore, une femme mariée pourra être nommée tutrice, il nous semble qu'il faudrait, par une évidente analogie de motifs, et sous peine de contradiction, appli-

quer aussi à cette autre hypothèse la disposition de l'article 396, qui exige que le mari soit cotuteur (*voy.*, au reste, *supra*, nos 138, 139).

Cette proposition nous paraît d'autant plus juridique, que si la femme, en effet, peut être nommée tutrice, nous ne croyons pas que l'autorisation du mari soit nécessaire pour qu'elle accepte cette tutelle, qui lui serait déférée par la loi elle-même, indépendamment de toute acceptation ou autorisation (art. 1370; *voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, n° 176); et la cotutelle, déférée au mari, est ainsi d'autant plus juste, qu'elle lui donne un moyen légal de surveillance et de concours dans cette gestion, par laquelle la femme pourrait engager ses biens personnels.

473. — Notons encore ici une autre exception, écrite dans l'article 507, qui porte que la femme pourra être nommée tutrice de son mari interdit.

474. — 4° L'article 442 déclare encore incapables « ceux qui ont ou dont les père et mère ont, avec le « mineur, un procès dans lequel l'état de ce mineur, « sa fortune, ou une partie notable de ses biens, soit « compromis. »

Il s'agit, bien entendu, d'un procès actuel, d'une contestation déjà née et non encore terminée : ceux qui *ont*, dit notre texte, ou dont les père et mère *ont* avec le mineur, un procès, etc. (Pau, 21 janv. 1823, Loubatères, D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle*, p. 727; Nîmes, 2 mars 1848, Robert, Dev., 1848, II, 295; Lyon, 24 févr. 1859, M..., Dev., 1859, II, 655).

On ne pouvait pas alors confier la défense du mineur à celui-là même qui se trouve dans une aussi grave opposition d'intérêts avec lui.

475. — Les termes de la loi s'appliquent, comme on le voit, seulement à deux hypothèses :

1° A celle où il existe entre le tuteur lui-même et le mineur, un procès dans lequel l'état du mineur, ou une partie notable de ses biens sont compromis;

2° A celle où un procès semblable existe entre les père et mère du tuteur et le mineur.

Que déciderons-nous, si le procès existe :

Entre le mineur et l'*enfant* ou le *conjoint* du tuteur?

Entre le tuteur et le *père* ou la *mère du mineur* (qui, par un motif quelconque, ne serait pas tuteur)?

Ou si c'est le mineur lui-même qui conteste l'état du tuteur, de l'enfant ou du conjoint de celui-ci, ou qui conteste à l'une de ces personnes une partie notable de ses biens?

Le tuteur devra-t-il aussi, dans ces différentes hypothèses, être déclaré incapable?

L'affirmative est enseignée par beaucoup d'auteurs, qui ne considèrent pas comme limitatifs les termes du n° 4 de l'article 442 :

Cette incapacité, dit-on, est fondée sur deux motifs : d'abord sur l'opposition d'intérêts, qui existe alors entre le mineur et la personne que l'on déclare incapable d'être son tuteur; et puis sur l'inimitié qu'une telle opposition d'intérêts doit faire craindre et sur les dangers qu'elle peut entraîner;

Or, ces deux motifs se rencontrent, avec une force au moins égale, dans les hypothèses qui viennent d'être énoncées (art. 911 et 1100);

Donc, la raison exige que la même incapacité existe aussi.

Comment! vous confieriez la tutelle du mineur à celui dont le fils ou la femme conteste l'état ou la fortune de ce même mineur?

A celui qui est en procès avec le père du mineur? (§ 12, Inst., *de Excusat.*)

Ou dont le mineur lui-même conteste l'état ou la

fortune, c'est-à-dire au propre adversaire du mineur?

Cela ne serait pas raisonnable; et dès lors on ne peut pas supposer que le législateur ait donné à l'article 442-4° un sens restrictif. Après tout, de quoi s'agit-il? d'une mesure de précaution et de garantie, qui n'affecte en rien les intérêts matériels ou moraux de celui que l'on déclare incapable (Delvincourt, t. I. p. 107, note 2; Duranton, t. III, n° 505; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 336; Taulier, t. II, p. 50; de Fréminville, t. I, n° 143).

476. — Je ne partage point cette opinion :

1° J'ai dit déjà que les incapacités ne peuvent pas être étendues au delà des termes mêmes de la loi (*supra*, n° 467);

Or, les termes de l'article 442-4° sont très-nets et très-précis; ils ne prononcent l'incapacité que dans deux hypothèses qu'ils déterminent;

Donc, on ne peut appliquer cette incapacité aux autres hypothèses proposées.

2° Notez en effet qu'il est véritablement impossible de supposer que ces dernières hypothèses aient échappé au législateur par oubli, par imprévoyance. Il savait très-bien, certes, que le procès pourrait exister non-seulement entre le mineur et le tuteur ou ses père et mère, mais encore entre le mineur et l'enfant ou le conjoint du tuteur, etc.;

Donc, en ne comprenant pas, dans sa disposition, ces dernières hypothèses, il n'a pas voulu effectivement en faire une cause d'incapacité.

3° Et non-seulement le texte manque; mais on ne peut pas même invoquer l'analogie des motifs.

C'est à tort, en effet, nous le croyons, que les partisans de l'opinion contraire soutiennent que les hypothèses auxquelles ils étendent l'incapacité, récla-

ment cette application avec une égale force et quelquefois même *a fortiori*.

Ainsi, par exemple, le procès existe-t-il entre le mineur et l'*enfant* du tuteur ?

La différence est très-grande; car le tuteur n'est pas alors l'héritier présomptif, l'héritier certain et assuré de l'adversaire du mineur, comme lorsque le procès existe avec son père ou sa mère.

Est-ce avec le conjoint du tuteur?

Mais d'abord, si par l'effet des conventions matrimoniales, les biens du conjoint du tuteur, sont devenus aussi les biens du tuteur lui-même, c'est avec lui que le procès existe, et l'article 442 sera applicable. Mais dans le cas contraire, il y a une séparation d'intérêts, que vous ne trouvez pas dans les hypothèses du texte même.

Supposerez-vous que le procès existe entre le tuteur et le père ou la mère du mineur?

Qu'importe alors? la circonstance que leur adversaire est le tuteur de l'enfant, ne gêne, en aucune façon, la liberté réciproque de la défense.

Enfin, si c'est l'état du tuteur ou une partie notable de ses biens, qui fait l'objet d'un procès entre lui et le mineur, il y a encore une différence; car l'état du mineur lui-même n'est pas en question; car sa fortune actuelle n'est pas compromise.

4° Que va-t-il arriver d'ailleurs, si une fois on sort des termes de la loi? c'est qu'on ne sait plus où s'arrêter. Pourquoi, par exemple, dans ce système, ne déclarerait-on pas aussi incapable de la tutelle, l'héritier présomptif, le neveu, le cousin de celui qui aurait un procès avec le mineur? Et pourtant le texte ne déclare incapable que le fils de l'adversaire du mineur. C'est que le fils en effet, compte si bien sur le patrimoine paternel, qu'il le considère presque déjà comme le

sien, du vivant même de son père ou de sa mère; tant est grande l'intimité, la communauté de leurs intérêts et de leurs espérances ! Or, tel n'est pas certes le caractère des rapports de tout autre héritier présomptif, d'un cousin envers son cousin, ou même d'un neveu envers son oncle ; sans compter en outre la différence qui résulte de ce respect, de cette soumission filiale, qui attachent l'enfant à son père et à sa mère.

5° Ajoutons enfin que les inconvénients et les dangers, que l'on reproche à notre doctrine, ne sont pas sans remède.

Que ces dangers, en effet, soient possibles, je ne le nie pas.

Mais alors, au lieu de décréter nous-mêmes une incapacité que la loi ne prononce pas, nous aviserons à un autre moyen ; nous chargerons le subrogé tuteur de diriger le procès, si, en fait, le conseil de famille constate une assez grave opposition d'intérêts entre le mineur et le tuteur pour que celui-ci ne puisse pas être convenablement chargé de le défendre, dans cette affaire déterminée; et le plus souvent, le tuteur lui-même, par scrupule et par délicatesse, provoquera sans doute cette mesure (Toullier, t. II, n° 1161 ; Proudhon, t. II, p. 345 ; Marcadé, t. II, art. 442, n° 4 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 393 ; Demante, t. II, n° 193 *bis*, II).

477. — Quant à l'inimitié que l'on prétendrait exister entre le tuteur et la famille du mineur, le Code Napoléon n'en a pas fait une cause d'incapacité (§ 11, Inst., *de Excusat. tut.*).

S'il s'agit de la tutelle testamentaire ou dative, le dernier mourant des père et mère ou le conseil de famille qui prend en considération toutes les circonstances, évitera certainement de nommer la personne qu'on pourra croire animée de tels sentiments.

Et quant à la tutelle légitime, le danger n'est pas grand, puisqu'elle n'est déférée qu'au père ou à la mère, ou aux ascendants.

478. — Le droit romain déclarait aussi incapable celui qui était créancier ou débiteur du mineur (Inst., § 4, *de Excusat.*).

Le Code Napoléon n'a pas renouvelé cette disposition (art. 451).

479. — Il en est de même de l'indivision, dans laquelle le tuteur pourrait se trouver avec le mineur.

Le partage pourra sans doute être nécessaire et avoir lieu ; mais un partage, en tant que partage, n'est pas un procès (Paris, 5 octobre, 1809, Lesselin, Sirey, 1812, II, 347).

480. — L'étranger est-il incapable d'être tuteur en France?

C'est une question, que j'ai cru devoir résoudre négativement (*voy.* notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 245).

B. — *Quelles sont les causes d'exclusion ou de destitution?*

481. — Les causes d'exclusion et de destitution sont identiques (art. 442, 444); la différence entre l'exclusion et la destitution n'est pas là; j'ai signalé plus haut celle qui les distingue (n° 461).

482. — Aux termes de l'article 443 :

« La condamnation à une peine afflictive ou infa-
« mante emporte de plein droit l'exclusion de la tu-
« telle. Elle emporte de même la destitution dans le
« cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement défé-
« rée. » (*Voy.* les articles 7 et 8 du Code pénal.)

Et d'abord, lorsqu'il s'agissait de la condamnation à une peine emportant mort civile, point de doute. Le

mort civilement était incapable d'être tuteur (art. 25; *voy.* notre t. I, n° 208).

Mais nous savons aussi que la flétrissure, qui résulte de la condamnation à une peine infamante, entraîne la privation de certains droits civils, qui exigent ou qui du moins supposent l'estime sociale et la probité (*voy.* notre t. I, n° 191).

Au premier rang de ces droits est assurément la tutelle ; et la loi ne pouvait confier la personne et les biens d'un mineur à l'homme qu'une telle condamnation a frappé.

483. — Les dispositions du Code Napoléon, sur ce point, ont été adoucies d'une part, et aggravées de l'autre, par les dispositions postérieures du Code pénal.

Ainsi : 1° tandis que l'article 443 du Code Napoléon faisait résulter de la condamnation à une peine infamante un effet absolu d'exclusion ou de destitution, le Code pénal décide que l'individu même qui a été condamné à une peine infamante, peut avoir la tutelle de ses enfants, sur l'avis conforme de la famille (comp. art. 28 et 34-4°).

M. Chardon enseigne que cette exception ne serait point applicable à l'aïeul (*Puiss. tutél.*, t. III, n° 358).

Il est vrai que les articles 34 et 42 du Code pénal ne parlent que des *enfants*, des *propres enfants* du condamné.

Mais est-ce que le mot *enfants* n'est pas générique et ne comprend pas aussi les petits-enfants ? (art. 914 C. Nap.) et le choix de la famille n'offre-t-il pas une garantie suffisamment rassurante?

Mais, 2° en même temps, d'après le Code pénal, l'interdiction temporaire du droit d'être tuteur peut être prononcée par un jugement du tribunal correctionnel dans les cas déterminés par la loi (art. 9-2°, 42-3° et 43; comp. art. 335, 401, 405, 408, 410).

484. — Enfin, l'article 444 déclare « exclus de la « tutelle et même destituables, s'ils sont en exercice :

« 1° Les gens d'une inconduite notoire;

« 2° Ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou « l'infidélité. »

Il me paraît très-probable que le mot *inconduite*, dans le n° 1 de notre article, exprime surtout le désordre des mœurs, le déréglement des habitudes. Telle est, en général, son acception ; et on est d'autant plus porté à croire que les rédacteurs l'ont ainsi entendu, que dans le n° 2 du même article, ils paraissent au contraire s'occuper de la gestion des biens.

Toutefois, je crois aussi que le mot *inconduite* est assez compréhensible pour s'entendre du désordre dans les affaires, et que cette cause d'exclusion ou de destitution pourrait être appliquée à celui qui, même sans immoralité, dissiperait et gaspillerait déraisonnablement son patrimoine (Delvincourt, t. I, p. 114, note 10; Toullier, t. I, n° 1164).

485. — Le Code Napoléon veut que l'inconduite soit notoire.

Ainsi, cet individu a été condamné pour outrage public à la pudeur; ou son conjoint a obtenu sa séparation de corps pour cause d'adultère; ou il a reconnu des enfants naturels; ou ses biens sont dans un tel désordre, que sa faillite est déclarée, que sa femme a obtenu sa séparation de biens.

Dans ces cas, et autres semblables, la preuve est là tout acquise.

486. — Mais en faut-il conclure, pourtant, que si cette preuve ne résultait pas ainsi d'actes publics, il ne serait pas permis de procéder à une enquête pour s'en assurer?

Cette conclusion qui a été enseignée (Zachariæ, t. I, p. 211) ne me paraît pas exacte.

La loi, il est vrai, ne veut pas que l'on cherche à découvrir les habitudes intimes et secrètes de la personne; voilà l'inquisition qu'elle défend; c'est en ce sens qu'on a pu juger que des liaisons illicites, dévoilées seulement par une correspondance tenue secrète, ne constituent pas une inconduite notoire (Bordeaux, 15 pluviôse an XIII, Delvaille, Sirey, an XIII, II, 103; Rouen, 24 janv. 1859, dame M..., *J. du P.* de 1860, p. 1087).

Et encore verrons-nous que cette défense n'est pas absolue, et que s'il s'agissait de la personne du mineur lui-même, il faudrait, à tout prix, le garantir des odieuses entreprises, dont il pourrait être l'objet (*infra*, n° 490).

Il faut donc que les faits d'inconduite soient déjà connus de beaucoup de personnes, il faut que le public s'en entretienne; mais dans cette limite et sous cette condition, la loi ne défend pas de vérifier si cette cause d'exclusion ou de destitution existe en effet et si la condition s'est réalisée; elle ne défend pas enfin de s'assurer de cette *notoriété* elle-même.

Dans l'un des projets, l'article 46 (aujourd'hui 444) après avoir déclaré destituables *ceux dont l'inconduite notoire serait d'une dangereuse influence sur les mœurs du mineur*, ajoutait ces mots :

« La preuve de ces faits ne sera pas admise contre les père et mère. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 138).

Donc, le mot *notoire* n'est pas exclusif de la preuve de cette notoriété même. Donc, cette preuve a été reconnue admissible, puisque l'exception qui la défendait contre les père et mère, a même été supprimée (Aix, 24 août 1809, Bourdelon, Sirey, 1813, II, 290; Cass., 12 mai 1830, Geoffroy, D., 1830, I, 240; Marcadé, t. II, art. 443; comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 418; Aubry et Rau, t. I, p. 377).

487. — Peu importe que le tuteur, lorsqu'il est d'une inconduite notoire, n'ait encore compromis, par aucun acte, les intérêts moraux ou matériels du mineur.

D'abord, on est très-fondé à craindre qu'il ne les compromette.

Et puis, dès ce moment, la loi veut préserver le mineur d'un exemple d'autant plus déplorable et dangereux, qu'il lui serait donné par celui-là même à la garde duquel la loi le confie!

488. — L'incapacité, c'est l'inexpérience, l'inaptitude; et, sous ce rapport, on peut remarquer qu'il est dur d'infliger la honte de l'exclusion ou de la destitution pour une cause qui n'est pas un vice, mais seulement un défaut d'intelligence et quelquefois même un malheur.

La loi romaine avait fait cette différence: « Qui ob « segnitiem, inertiam, rusticitatem vel simplicitatem « remotus sit, in hac causa est, ut integra existimatione « tutela vel cura abeat. » (L. 3, § 18, ff. *de Suspect. tut.*)

N'aurait-il donc pas été plus juste de ne déclarer qu'*incapable* en droit celui qui n'est qu'*incapable* en fait?

Ce que l'on peut dire, c'est qu'il arrivera presque toujours qu'on demandera la démission de la personne incapable qui, dès lors, si elle la refuse, devra s'imputer, à elle-même, la mesure plus rigoureuse, qu'elle aura rendue nécessaire.

489. — L'infidélité, c'est l'indélicatesse, l'improbité. *Suspectus est, qui non ex fide tutelam gerit* (Inst., § 5, *de Excusat.*).

490. — L'incapacité ou l'infidélité peut exister soit relativement aux biens, soit relativement à la personne du mineur.

Le mot *gestion*, quoique le plus souvent il s'ap-

plique seulement à l'administration des biens, comprend néanmoins tous les intérêts confiés au tuteur, à la *gestion* du tuteur, les intérêts moraux comme les intérêts matériels.

Il y aura donc incapacité non-seulement, quant aux biens, si le tuteur les administre mal, mais encore, quant à la personne, s'il ne sait pas diriger et surveiller l'éducation du mineur, s'il laisse, par exemple, sa pupille exposée aux assiduités et aux séductions de son propre fils.

Il y aura infidélité non-seulement, quant aux biens, si le tuteur commet quelque malversation, mais encore, quant à la personne, s'il n'observe pas lui-même envers le mineur les règles des convenances ou de l'honneur. Dans ce cas, lors même qu'il ne serait pas d'ailleurs d'une inconduite notoire, lors même qu'on n'aurait aucun autre fait de ce genre à lui reprocher, il serait un tuteur infidèle et coupable au premier chef et destituable au plus vite ! (*Supra*, n° 486.)

491. — En déclarant non-seulement destituables, mais encore *exclus* ceux dont la *gestion* attesterait l'incapacité ou l'infidélité, l'article 444 prouve assez qu'il ne s'agit pas uniquement de la gestion d'une tutelle actuellement en exercice.

L'exclusion peut donc être motivée sur l'incapacité ou l'infidélité prouvée par la gestion antérieure ou même présente d'une autre tutelle.

D'une autre tutelle, dis-je, ou même de toute autre administration.

Après tout, le mot *gestion* est employé seul et avec toute la généralité qu'il comporte ;

Or, le mari gère les biens de sa femme (quand les conventions matrimoniales, bien entendu, lui en donnent le droit) ; chacun de nous gère ses propres biens.

Donc, l'incapacité pourrait être prouvée par toute espèce de gestion, par celle même du patrimoine personnel de celui qu'il s'agit d'exclure; et l'infidélité, par toute gestion du patrimoine d'autrui.

492. — Ainsi, par exemple, on pourrait exclure ou destituer celui qui aurait fait faillite.

Mais M. Duranton va trop loin, selon moi, lorsqu'il enseigne que le tuteur en état de faillite déclarée *doit* être destitué, et à plus forte raison exclu (t. III, n° 509).

La faillite n'est pas une cause d'incapacité légale et nécessaire (art. 442); elle ne peut produire l'exclusion ou la destitution que parce qu'elle serait une preuve d'incapacité, et dès lors c'est au conseil de famille et aux magistrats qu'il appartient d'apprécier cette preuve. Sans doute, le plus souvent, cette preuve leur paraîtra tout acquise par le jugement déclaratif de faillite; et ils croiront qu'il est prudent de ne pas laisser ou de ne pas confier la gestion de la tutelle à un failli. Mais il ne serait pas non plus, assurément, impossible que ce failli fût un honnête homme, un homme même capable, que des événements de force majeure, des troubles politiques, ou d'autres faillites, eussent renversé, et que l'on pensât qu'il convient de lui laisser la tutelle, surtout s'il s'agissait de la tutelle de ses enfants (comp. Caen, 1re ch., 25 juin 1832, Dupont; Toulouse, 18 mai 1832, Bélard, Dev., 1832, II, 470; Bruxelles, 14 août 1833, N..., Dev., 1834, II, 683; Locré, *Législat. civ.*, t. VII, p. 224; Augier, *Encyclop. des juges de paix*, t. V, v° *Tutelle*, n° XI; Magnin, I, 411 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 335; *voy.* aussi *supra*, n° 150).

493. — Toutes ces questions sont donc finalement des questions de fait.

On a demandé, par exemple, si le tuteur, qui s'est

mis en possession des biens du mineur avant d'avoir fait inventaire, est passible de destitution (comp. art. 451, 1442).

On verra,... on appréciera! (Comp. Toullier, t. II, n° 1165; Augier, *Encyclop. des juges de paix*, v° *Tutelle*, n° 16.)

494. — Rappelons encore ici la cause de destitution écrite dans l'article 421, qui, à vrai dire, ne fait que prévoir et spécifier un cas d'infidélité de gestion (Cass., 12 mars 1830, Geoffroy, D., 1830, I, 240).

495. — Nous avons déjà dit que ces différentes causes d'exclusion ou de destitution étaient applicables au père ou à la mère, comme aux autres tuteurs (*voy.* pourtant *supra*, n° 483).

Leur incapacité en effet ne serait pas moins dangereuse pour les intérêts matériels et moraux du mineur; et leur infidélité serait bien plus coupable encore que celle de tout autre (*voy.* aussi notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n°s 366, 367).

C. — *De quelle manière les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution doivent-elles être appliquées?*

496. — Les causes d'incapacité n'ont pas, en général, besoin d'être prononcées; elles opèrent de plein droit.

Il faut pourtant excepter celle qui est formulée dans le n° 4 de l'article 442.

Y a-t-il *procès* entre le tuteur et le mineur? et ce procès met-il en question une partie notable de la fortune de celui-ci?

Ce sont là deux points qu'il est nécessaire d'apprécier.

La loi n'a pas dit par qui cette appréciation serait faite; mais il est évident qu'il faut appliquer ici ses dispositions, en ce qui concerne les excuses, les exclusions ou les destitutions; l'analogie est complète. C'est donc le conseil de famille qui doit prononcer à cet égard, sauf le recours devant les tribunaux.

497. — Parmi les causes d'exclusion ou de destitution, celle qui résulte d'une condamnation judiciaire a lieu de *plein droit* (art. 443).

Quant aux autres, qui sont fondées sur l'inconduite notoire, l'incapacité ou l'infidélité, elles doivent nécessairement être prononcées après examen et en connaissance de cause.

Tel est l'objet des articles 446-449.

Et, quoique le texte de l'article 446 ne mentionne littéralement que les causes de *destitution*, il est encore évident qu'il n'en comprend pas moins les causes d'*exclusion* (art. 447, 448).

498. — C'est d'abord le conseil de famille qui prononce sur la cause d'exclusion ou de destitution; et la nature spéciale de cette affaire n'entraîne d'ailleurs aucune modification dans la manière dont il doit être composé; c'est ainsi que les personnes mêmes à la diligence desquelles le conseil se trouve appelé à statuer sur la destitution du tuteur, sont admises à prendre part à la délibération, lorsque, bien entendu, elle font partie du conseil; et légalement non plus, rien ne paraît s'opposer à ce que le fils, membre du conseil de famille, prenne part à la délibération, qui doit statuer sur la destitution de son père (comp. *supra*, n° 377; Rouen, 17 nov. 1810, Sirey, 1811, II, 86; Rennes, 14 févr. 1810, Sirey, 1812, II, 424; Cass., 16 déc. 1829, Dev., 1830, I, 156; Cass., 12 mai 1830, Dev., 1830, I, 326; *voy.* toutefois *infra*, n° 516, et le t. II, n° 496).

Nous avons dit, plus haut, quelles personnes ont qualité pour en requérir, à cet effet, la convocation (*supra*, nos 281-286).

499. — Nous avons remarqué aussi que le conseil de famille peut alors, avant de prononcer l'exclusion ou la destitution, inviter le tuteur à se démettre, ou recevoir la démission qu'il offrirait lui-même (Cass., 17 fév. 1835, Pelleport, D., 1835, I, 170, *supra*, nos 447 et 488).

500. — L'exclusion ou la destitution étant une mesure très-rigoureuse, la loi exige :

1° Qu'elle ne puisse être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur (qui sera appelé, soit à la diligence du juge de paix, soit à la diligence de la personne qui a provoqué la destitution) ;

2° Que la délibération soit motivée (art. 447).

501. — Le conseil de famille, qui prononce l'exclusion ou la destitution du tuteur, doit, de suite, nommer un autre tuteur, et, s'il y a lieu, un subrogé tuteur.

La nomination immédiate d'un subrogé tuteur est surtout nécessaire dans le cas où le conseil de famille prononce l'exclusion d'un tuteur, afin que celui-ci, s'il veut attaquer cette délibération, puisse assigner le subrogé tuteur (*infra*, n° 504).

502. — Et, après cela, de deux choses l'une :

Si le tuteur, exclu ou destitué, adhère à la délibération, il en est fait mention dans le procès-verbal, qu'il faut avoir le soin, dans ce cas, de lui faire signer; et le nouveau tuteur entre aussitôt en fonctions (art. 448-1°).

503. — Si, au contraire, il y a réclamation, la délibération est portée devant le tribunal de première instance, soit par le subrogé tuteur, soit par le tuteur lui-même, exclu ou destitué.

Par le subrogé tuteur, dis-je, ou, en cas de négligence de la part de celui-ci, par un des membres du conseil de famille, aux termes de l'article 888 du Code de procédure, qui me paraît applicable par voie d'analogie (Orléans, prairial an XII, Bracquemont, Sirey, 1807, II, 1243).

La Cour de Nîmes a jugé que le subrogé tuteur, qui poursuit l'homologation de la délibération, n'est point tenu d'appeler devant le tribunal le tuteur exclu ou destitué (8 juillet 1834, Pellissier, Dev., 1835, II, 198).

Cette décision nous paraît contestable :

1° Parce que le vœu de la loi semble bien être que cette mesure rigoureuse ne soit prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur, suivant le droit commun d'après lequel nul ne peut être condamné sans avoir été préalablement admis à se défendre (arg. des articles 447 et 448 combinés) ;

2° Parce que l'on peut dire, avec la Cour de Montpellier, que la procédure spéciale, tracée par les articles 885 et 886 du Code de procédure, s'applique surtout aux délibérations relatives aux intérêts du mineur, mais que la combinaison des articles 448 du Code Napoléon et 882-884 du Code de procédure indique que, lorsqu'il y a débat entre le tuteur et le subrogé tuteur ou les membres du conseil de famille, la cause est susceptible d'être instruite et jugée dans les formes ordinaires (comp., Montpellier, 3 décembre 1841, Audry, Dev., 1842, II, 27; Orléans, 12 janvier 1850, Carpentier, D., 1850, II, 60).

Dans tous les cas, au moins, ce qui est certain, c'est que si le tuteur exclu ou destitué avait déclaré, par acte extrajudiciaire, s'opposer à l'homologation, il serait nécessaire que le subrogé tuteur l'appelât (art. 888 procéd.).

304. — Le tuteur, exclu ou destitué, peut d'ailleurs aussi lui-même assigner le subrogé tuteur, pour se faire déclarer maintenu dans la tutelle (art. 448-3°).

C'est, disons-nous, le subrogé tuteur que le tuteur doit assigner.

Nous avons, en effet, remarqué plus haut que l'article 448 règle une hypothèse spéciale, à laquelle il ne faut point appliquer l'article 883 du Code de procédure.

Le tuteur ne doit donc point former sa demande contre ceux des membres du conseil qui ont été d'avis de l'exclusion ou de la destitution.

La preuve en résulte encore de l'article 449, qui accorde le droit d'intervenir dans l'instance aux parents ou alliés qui ont requis la convocation.

305. — Tel est aussi le sentiment de M. Duranton, qui néanmoins ajoute que les membres du conseil qui ont été d'avis de l'exclusion ou de la destitution, peuvent être, sur la demande du tuteur, et quoiqu'ils n'aient pas été assignés et qu'ils ne soient pas en cause, condamnés aux dépens et même à des dommages-intérêts (t. III, n° 514).

Il me paraît bien difficile d'admettre qu'une condamnation aux dépens et à des dommages-intérêts puisse être prononcée contre une personne qui n'est point partie dans l'instance.

On objecterait en vain que le subrogé tuteur représente le conseil, et que l'avis de chacun des membres est mentionné au procès-verbal.

Le subrogé tuteur représente le conseil à l'effet de soutenir la délibération qu'il a prise ; mais il ne représente pas chacun de ses membres personnellement, en tant qu'on lui imputerait, comme individu, d'avoir abusé de sa position pour satisfaire une inimitié coupable et pour déconsidérer le tuteur (comp. Zacha-

riæ, Massé et Vergé, t. I, p. 456; Aubry et Rau, t. I, p. 433).

Une telle conduite serait certes très-répréhensible, et je pense que le tuteur aurait droit d'en demander compte. Mais alors, il faudrait qu'il eût aussi le droit de mettre en cause celui ou ceux qu'il prendrait ainsi personnellement à partie; et mon avis est qu'il en aurait effectivement le droit, parce qu'il ne se bornerait plus, dans ce cas, à attaquer la délibération, et qu'après tout, s'il convient en général de protéger l'indépendance des membres du conseil, cette indépendance pourtant ne peut pas dégénérer en un privilége de calomnie et de diffamation (*supra*, n° 344).

306. — Le tuteur ne peut, bien entendu, se pourvoir contre la délibération, qu'autant qu'il n'y a pas adhéré.

A cet égard, on a demandé si le silence du tuteur présent à la délibération devait être considéré comme une adhésion.

D'une part, le premier alinéa de l'article 448 s'exprime ainsi : « *Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention;* » ce qui semble exiger une adhésion expresse.

Mais d'autre part le second alinéa ajoute : « *S'il y a réclamation*, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation.... » ce qui semble admettre l'adhésion tacite résultant du défaut de réclamation.

Je proposerais pour ma part cette dernière solution, si en effet le tuteur présent n'avait pas réclamé et avait signé le procès-verbal (comp. Bruxelles, 18 juil. 1810, Geenens, Sirey, 1810, II, 433; Angers, 29 mars 1821, Delelée-Préaux, D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 712, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 432; de Fréminville, t. I, n° 150).

Il sera mieux, du reste, d'interpeller, à cet égard, le

tuteur et de le mettre en demeure de déclarer s'il adhère ou s'il veut réclamer.

507.—Le conseil de famille a d'autant plus le droit d'être éclairé sur ce point, que la question de savoir si le nouveau tuteur doit ou ne doit pas entrer en fonctions sur-le-champ, y est subordonnée.

Il est vrai qu'en droit romain, l'administration de la tutelle était interdite au tuteur, par le fait même de la demande en destitution (§ 7, Inst., *de suspect. Tut.*; l. 14, § 1 in fin., ff. *de Solut.*).

Mais déjà dans notre ancien droit, on n'était pas bien sûr que ce principe dût être admis (comp. Voët, *ad Pandect.*, tit. *de suspect Tut.*, n° 7; Meslé, chap. x, n° 28; Bourjon, t. I, p. 70, n° 197).

Et aujourd'hui il nous paraît certain que la délibération même du conseil de famille n'a pas pour effet de suspendre le tuteur de son droit d'administration, s'il n'y adhère pas. Le premier alinéa de l'article 448 n'autorise en effet le nouveau tuteur à entrer *aussitôt en fonctions*, que lorsque le tuteur adhère à la délibération (comp. Bruxelles, 12 nov. 1830, Jeannet, Sirey, 1831, II, 58; Cass., 14 juin, 1842, d'Arguesse, Dev., 1842, I, 742).

Toutefois, s'il y avait lieu, si l'intérêt du mineur l'exigeait, le subrogé tuteur pourrait demander au tribunal l'exécution provisoire de la délibération (art. 135-6° procéd.).

508.—Le tuteur exclu ou destitué est désormais sans titre et sans qualité pour administrer les biens du mineur; et les actes faits par lui sont nuls, à moins pourtant qu'ils ne constituent, au profit du mineur, une utile gestion d'affaires (art. 1375; Colmar, 25 juillet 1817, Hellmuth, Sirey, 1818, II, 250).

Il est regrettable peut-être que la loi n'ait pas organisé un mode quelconque de publicité, pour avertir

les tiers de la révocation des pouvoirs du tuteur, comme elle l'a fait dans d'autres circonstances, et, par exemple, en cas de séparation de biens, lorsque le jugement qui la prononce opère la révocation du mandat du mari comme administrateur des biens de sa femme (art. 1445 C. Nap., 872 procéd.; ajout. art, 501, 515 C. Nap.).

Ce que l'on peut dire, c'est que généralement, le changement de tuteur est connu, surtout lorsqu'il est le résultat d'une destitution; et rien d'ailleurs, bien entendu, ne s'oppose à ce que le subrogé tuteur en donne avis aux tiers, aux débiteurs surtout, s'il a des raisons de craindre quelque acte de déloyauté de la part du tuteur destitué.

Il sera donc assez rare que le tiers soit de bonne foi.

Mais enfin, si cela arrivait, si le tiers, par exemple, avait payé soit des intérêts, soit même un capital exigible au tuteur destitué, s'il avait payé dans l'ignorance complète de sa destitution et avec la bonne foi la plus irréprochable, il me semble qu'il devrait être libéré, par argument des articles 1240 et 2009.

Ce tuteur était encore véritablement en possession de la créance; il avait encore, aux yeux des tiers, qui ne pouvaient pas deviner ce qui avait eu lieu, qualité pour les poursuivre; et peut-être même le débiteur n'a-t-il payé qu'après commandement. Le principe d'équité, de sécurité sociale, qui a dicté les articles précités, me paraîtrait donc alors applicable (L. 14, § 1 et 2, ff. *de Solutionibus*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 422).

509. — Mais le mineur, lui, aurait-il une hypothèque légale sur les immeubles du tuteur exclu ou destitué, à raison des actes de gestion postérieurs à son exclusion ou à sa destitution?

Cette question pourrait être posée en termes plus généraux.

Celui qui administre les biens d'un mineur sans être son tuteur, est-il grevé de l'hypothèque légale?

Ne devrait-on pas répondre :

L'hypothèque légale, établie par l'article 2121, ne grève que le tuteur;

Or, cet individu n'est pas tuteur; il l'est si peu, que nous venons de dire qu'il n'engage pas le mineur envers les tiers;

Donc, il n'est pas grevé de l'hypothèque légale (Grenier, *des Hypothèques*, t. I, n° 273).

Cette conclusion est incontestable, dans le cas où celui qui a géré en tout ou en partie, les biens du mineur, n'a pas pris lui-même la qualité de tuteur, et n'a pas entendu gérer *pro tutore*. Ce n'est alors qu'un gérant d'affaires ordinaire; et si l'on accordait l'hypothèque légale dans ce cas, il faudrait dire que tous ceux qui sont obligés envers un mineur, soit par un contrat, soit par un quasi-contrat, sont grevés d'hypothèque; c'est l'observation très-juste du président Favre (Code, liv. VIII, tit. VII, défens. 2).

Mais en est-il de même de celui qui a pris le titre de tuteur, et qui a géré en cette qualité....*pro tutore?* (*Voy.* tot. tit. au Digeste, *de eo qui pro tutore.*)

Nos anciens auteurs ne l'avaient pas cru; et ils décidaient en ce cas, que ce faux tuteur ne devait pas être, envers le mineur, de meilleure condition que le tuteur véritable, ni le mineur privé envers lui des garanties normales de la tutelle, presque toujours alors plus nécessaires que jamais (Pothier, *de l'Hypothèque*, chap. I, sect. I, art. 3).

Et je pense que cette distinction devrait encore être admise aujourd'hui.

Qu'on n'objecte pas que l'hypothèque a effet contre

les créanciers du débiteur qu'elle atteint, plutôt que contre ce débiteur lui-même.

Je répondrais que les créanciers ne peuvent pas changer, vis-à-vis du mineur, la position que leur débiteur lui-même a prise et qu'à ce point de vue, ils sont ses ayants cause et n'ont pas plus de droit que lui-même (comp. Merlin, *Rép.*, t. V, v° *Hypothèque*, sect. II, § 2, art. 4; Troplong, t. II, art. 2121, n° 421).

510. — Celui qui a été exclu ou destitué d'une tutelle, pourrait-il ensuite, à une époque quelconque, être appelé soit à la même tutelle, soit à une tutelle différente?

Cette question était agitée déjà autrefois, surtout en ce qui concerne le père ou la mère; et on paraissait disposé à admettre la possibilité de sa réintégration, si en effet il s'était amendé, si sa conduite était devenue sans reproche (*voy.* un *Traité des Tutelles* imprimé en 1686, par J. G., chap. LXII).

La même doctrine a eu aussi ses partisans, dans notre droit nouveau (comp. deux arrêts de Besançon, 18 déc. 1806, et 10 avril 1811, Berthet, D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 727, n°s 14, 15; Marchant, *de la Minorité*, liv. II, chap. I, sect. VII, § 2; Jay, *Traité des Conseils de famille*, n° 41).

Cette doctrine est assurément favorable; et il y a, j'en conviens, beaucoup de dureté dans la solution contraire.

Mais pourtant cette solution ne nous est-elle pas commandée par la loi?

Aux termes de l'article 442, tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle, ne pourra être membre d'un conseil de famille;

Or, la loi veut encore plus de garanties dans le tuteur que dans les membres du conseil de famille;

Donc, une cause qui ne permet plus qu'un individu

fasse partie d'un conseil de famille, ne permet plus *a fortiori* qu'il soit appelé à une tutelle.

Il n'y aurait d'exception que pour celui qui, frappé par une condamnation judiciaire, aurait obtenu sa réhabilitation (art. 619, 635 inst. crim.)

§ II.

Des causes d'excuses, d'incapacité, d'exclusion ou de *destitution*, en ce qui concerne les membres du conseil de famille.

SOMMAIRE.

511. — Aucun texte n'autorise les personnes, qui sont convoquées pour faire partie d'un conseil de famille, à se prévaloir des causes d'excuses ou de dispenses, que les articles 427 et suivants accordent aux personnes, qui sont appelées à la tutelle ou à la subrogée tutelle (comp. pourtant les articles 410 et 432).

Et comme les motifs ne sont pas les mêmes, comme il est beaucoup moins gênant et moins pénible d'être membre d'un ou de plusieurs conseils de famille, que d'être tuteur ou subrogé tuteur, il faut en con-

clure que les causes d'excuses ne sont pas en effet applicables aux individus appelés à composer le conseil de famille.

Il n'y a, à cet égard, d'autres dispositions que celles qui résultent des articles 413 et 414, qui confèrent au juge de paix le droit d'apprécier si l'excuse, qui lui est proposée, est *légitime*, et s'il convient de remplacer, plus ou moins temporairement, celui qui la propose.

512. — Au contraire, l'article 442 déclare formellement que les mêmes causes d'incapacité, qui empêchent un individu d'être tuteur ou subrogé tuteur, l'empêchent aussi d'être membre des conseils de famille.

Ainsi, ne peuvent être membres d'un conseil de famille :

1° Les mineurs, excepté le père ou la mère, dans le cas, par exemple, où ils se seraient fait excuser de la tutelle;

2° Les interdits; mais non pas les individus pourvus seulement d'un conseil judiciaire (Cass., 21 nov. 1848, Lherbelin, Dev., 1848, I, 677; *voy.* aussi *supra*, n° 468);

3° Les femmes, autres que la mère et les ascendantes (art. 408).

Nous croyons qu'il faut ajouter aussi que la femme peut être appelée au conseil de famille de son mari interdit; cette exception résulte de l'article 507, qui, en déclarant que la femme peut être nommée tutrice, déclare *a fortiori* qu'elle peut être appelée au conseil de famille (Bruxelles, 20 juill. 1812, Pauwels, Sirey, 1813, II, 67);

4° Tous ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès, dans lequel l'état de ce mineur ou sa fortune, ou une partie notable de ses biens, sont compromis.

Il est évident que ces différentes causes d'incapacité doivent être entendues de la même manière, lorsqu'il s'agit de la composition des conseils de famille, que lorsqu'il s'agit de la tutelle; nous ne pouvons donc que renvoyer à ce que nous avons déjà dit à cet égard.

Nous avons pensé aussi que les étrangers ne pouvaient pas être membres des conseils de famille (*voy.* notre *Traité de la Publication*, *des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 245).

313. — Quant aux causes d'*exclusion* ou de *destitution*, il faut distinguer :

Celles qui opèrent de *plein droit* l'exclusion ou la destitution de la tutelle ou de la subrogée tutelle, produisent aussi de plein droit l'indignité d'être membre d'un conseil de famille. Telles sont les causes d'exclusion ou de destitution qui résultent de certaines condamnations judiciaires (art. 443).

314. — Mais il n'en est pas ainsi de l'inconduite notoire ni de l'incapacité ou de l'infidélité.

Ces causes, qui font exclure ou destituer de la tutelle, ne sont point par elles-mêmes, directement et immédiatement, des causes qui puissent faire écarter du conseil de famille.

Elles ne deviennent telles qu'autant qu'elles ont déjà été appliquées comme causes d'exclusion et de destitution de la tutelle ou de la subrogée tutelle.

Voilà ce qui résulte positivement du texte même de l'article 445 :

« Tout individu qui *aura été exclu ou destitué d'une* « *tutelle*, ne pourra être membre d'un conseil de fa- « mille. »

Et la loi, en cela, nous paraît être fort sage. Elle a voulu éviter le plus possible cet examen et en quelque sorte cette inquisition dans la vie privée des personnes que nécessite l'application de l'article 444; elle a voulu

épargner aux parents, à la famille du mineur lui-même la honte d'une telle mesure; et comme un membre du conseil de famille n'a que sa voix, comme son inconduite, son incapacité ou son infidélité ne sont pas certes aussi dangereuses pour le mineur que les mêmes défauts ou les mêmes vices dans la personne du tuteur, la loi a décidé que ces causes-là ne pourraient écarter du conseil de famille qu'autant qu'elles auraient déjà produit leur effet, et qu'elles se seraient réalisées comme causes d'exclusion ou de destitution de la tutelle (comp. Besançon, 26 août 1808, Sirey, 1808, II, 866; Cass., 13 oct. 1807, Dasnières, Sirey, 1807, I, 473 ; Merlin, *Répert.*, v° *Tutelle*, sect. II, § 3, n° 8; de Fréminville, t. I, 94; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 393 ; Aubry et Rau, t. I, p. 337; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 636; Demante, t. II, n° 196 *bis*, I).

515. — Il est bien entendu d'ailleurs que l'article 445 ne s'applique qu'aux causes d'exclusion ou de destitution mentionnées dans la section VII dont il fait partie.

Nous ne devons donc pas l'étendre à la mère qui aurait perdu la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille avant de se remarier, ou que le conseil de famille convoqué n'aurait pas maintenue dans la tutelle; car il n'est pas vrai, dans l'un ni dans l'autre cas, qu'elle ait été *exclue* ou *destituée*, dans l'acception technique et humiliante de ces mots (*supra*, n° 130; comp. Bruxelles, 30 mai 1810, Sirey, 1810, II, 397; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 393; Aubry et Rau, t. I, p. 336; Valette sur Proudhon, t. II, p. 347, note *a*; Demante, t. II, n° 196 *bis*, III; *voy.* pourtant Aix, 9 mai 1846, Sicard, Dev., 1846, II, 580; Delvincourt, t. I, p. 434).

516. — Il n'y a pas de texte qui déclare, en règle

générale, que celui qui a un intérêt personnel contraire à l'intérêt du mineur, dans la question soumise à la délibération du conseil de famille, ne doit point être admis à y prendre part.

Mais plusieurs dispositions de détail supposent l'existence de cette règle et la consacrent implicitement (*voy.* les articles 423, 495 et aussi l'art. 420).

Et puisqu'il n'y a aucun motif pour que ces dispositions soient considérées comme spéciales; puisqu'elles ne sont que l'expression d'un principe essentiel de raison et d'équité qui ne permet à personne d'être juge dans sa propre cause; puisque, enfin, il n'est pas présumable que la loi ait voulu, précisément en ce qui concerne le mineur, qui est l'objet de sa protection particulière, se départir de ce principe; nous croyons qu'elle a entendu, en effet, le consacrer (comp. *supra*, n° 498; Aix, 3 févr. 1832, Ailhaud, D., 1832, II, 174; Cass., 3 mai 1842, Bernier, Dev., 1842, I, 493; c'est peut-être aussi à cette hypothèse qu'il faut rattacher l'arrêt précité de la Cour d'Aix du 9 mai 1846, Dev., 1846, II, 580; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 336; Massé et Vergé, t. I, p. 393).

Il convient seulement de ne rien exagérer et de ne pas trouver trop facilement une cause de récusation dans une prétendue opposition d'intérêts, qui ne serait pas suffisamment directe. Du moins, est-ce là une question d'appréciation (*voy.* notre t. VI, n°s 494, 495).

C'est d'après ces principes que nous paraît devoir être appréciée la question de savoir si et dans quels cas le juge de paix pourrait être récusé comme président du conseil de famille.

Peut-être Philippe Dupin a-t-il été un peu loin, en décidant que l'article 44 du Code de procédure est alors toujours applicable (*Encyclop. des juges de paix*, t. II, v° *Conseil de famille*, n° 17).

Ce n'est pas, en effet, comme *juge* précisément, que le juge de paix préside le conseil de famille; et on ne voit pas pourquoi, par exemple, il serait plus récusable qu'un parent, pour avoir donné son avis par écrit dans l'affaire soumise à la délibération du conseil.

J'aimerais donc mieux distinguer, avec les auteurs de l'*Encyclopédie du droit* (v° *Conseil de famille*, sect. I, n° 8), et déclarer que le juge de paix doit seulement s'abstenir : 1° lorsqu'il a un intérêt personnel contraire à celui du mineur; 2° lorsqu'il a avec lui un procès dans les conditions prévues par l'article 442-4°; 3° et aussi même, quoique cela puisse être contestable, lorsqu'il serait son parent ou son allié, afin de ne pas rompre l'équilibre que la loi a voulu établir entre les deux lignes (Metz, 20 avril 1820, Brendenbourg, D., 1822, II, 59).

517. — On ne devrait pas non plus exclure de la délibération l'un des membres du conseil, sous le prétexte qu'il aurait déjà exprimé son opinion sur l'affaire qui doit faire l'objet de la discussion. Nous croyons que l'article 378 du Code de procédure n'est pas ici applicable.

Et c'est ainsi que les membres, qui formaient le conseil de famille, dont une délibération a été annulée, peuvent être appelés à délibérer de nouveau sur la même affaire (comp. Paris, 7 floréal an VIII, Delespinay, Sirey, V, II, 603; Cass., 13 oct. 1807, Dasnières, Sirey, VII, I, 473; Paris, 27 janv. 1820, Pinceloup, Sirey, 1820, II, 293).

518. —Il est, d'ailleurs, certaines hypothèses dans lesquelles un membre du conseil de famille, sans être précisément dans un cas de récusation, peut néanmoins désirer, par un sentiment honorable, de s'abstenir; et nous croyons qu'il appartient au juge de paix d'appré-

cier aussi cette cause d'excuse (Cass., 16 décemb. 1829, Beer, D., 1830, I, 8).

519. — La qualité de tuteur et de subrogé tuteur n'empêche pas, bien entendu, celui qui en est investi de faire partie du conseil de famille. C'est le député, c'est le réprésentant qui est nommé ministre, et qui, d'après cette Constitution, n'en fait pas moins toujours partie de l'Assemblée.

Il n'y a aucune objection à tirer, en sens contraire, de l'article 408, qui admet au conseil de famille les ascendants *valablement excusés* de la tutelle. Cela ne veut pas dire, en effet, que les ascendants tuteurs n'en pourront point faire partie ; car l'article a pour but, au contraire, de les admettre, lors même qu'ils sont valablement excusés, lors même qu'ils ne sont pas tuteurs (Merlin, *Répert.*, t. II, v° *Conseil de famille*, n° 2).

Et dès que le tuteur et le subrogé tuteur sont membres du conseil, ils peuvent toujours voter, excepté dans les cas particuliers où la loi ne le leur permet pas (art. 423), (comp. Cass. 3 sept. 1806, Sirey, 1806, I, 474; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 337).

Mais, d'un autre côté, la qualité de tuteur ou de subrogé tuteur ne suffit point, par elle seule, pour que celui qui en est investi, soit membre du conseil de famille; car on a pu prendre l'un et l'autre en dehors du conseil.

Il est ordinaire, sans doute, et il est aussi très-désirable que ces deux fonctionnaires en soient membres.

Mais enfin, cela n'est pas légalement indispensable (Marchant, *C. de la Minorité*, liv. II, chap. I, sect. IV, n° 49).

CHAPITRE III.

QUELLES SONT LES ATTRIBUTIONS DES DIFFÉRENTS FONCTIONNAIRES DE LA TUTELLE?

EXPOSITION GÉNÉRALE. — DIVISION.

SOMMAIRE.

520. — Le tuteur est le personnage principal du gouvernement de la tutelle. — Si le subrogé tuteur, le conseil de famille, la justice y ont aussi des attributions importantes, ces attributions ne sont pourtant elles-mêmes que des modifications de l'autorité du tuteur et des conditions de son exercice.
521. — Le tuteur a le double devoir : 1° de prendre soin de la personne du mineur; 2° d'administrer ses biens.
522. — A quelle époque commence pour le tuteur l'obligation de gérer?
523. — Suite. — Du tuteur légitime.
524. — Suite. — Du tuteur testamentaire.
525. — Est-il nécessaire que le tuteur légitime ou testamentaire, qui n'était pas présent sur les lieux, lors du décès par suite duquel la tutelle lui a été déférée, ou lors de l'ouverture du testament, en soit informé par une notification légale? ou suffit-il qu'il en acquière connaissance de toute autre manière?
526. — La question, qui précède, se confond avec celle de savoir quel est le rang de l'hypothèque légale du mineur sur les immeubles de son tuteur? — Explication.
527. — Le tuteur doit-il prêter serment avant d'entrer en fonctions?
528. — Dans notre droit, à la différence du droit romain, c'est le tuteur lui-même, et lui seul qui agit; il représente le mineur dans tous les actes civils; le mineur lui-même n'est pas en scène et régulièrement ne doit pas y être.
529 — Suite. — Le mandat du tuteur est général. — Le tuteur doit gérer en bon père de famille. — Sa responsabilité. — Renvoi.
530. — Division.

520. — Nous avons déjà indiqué, à grands traits, quel est, dans le gouvernement de la tutelle, le rôle de chacun des fonctionnaires, à l'investiture desquels nous venons d'assister (*supra*, n° 37).

Il nous faut maintenant examiner leurs attributions d'une manière plus spéciale.

Le Code Napoléon s'en occupe dans la section intitulée : *de l'Administration du tuteur* (sect. VIII du chapitre II).

C'est le tuteur, en effet, qui est le personnage principal de ce gouvernement. Le subrogé tuteur, le conseil de famille, la justice y ont sans doute des attributions importantes ; mais ces attributions ne sont elles-mêmes le plus souvent que des modifications de l'autorité du tuteur, et des conditions de son exercice. Il était donc difficile d'en traiter séparément ; et il convenait d'exposer en même temps les pouvoirs corrélatifs des uns et des autres.

521. — Le tuteur a un double devoir; il doit :

1° Prendre soin de la personne du mineur;

2° Administrer ses biens (art. 450).

Nous allons examiner ce double objet de la tutelle.

522. — Mais, avant tout, une question est d'abord à résoudre :

A quelle époque commence pour le tuteur l'obligation de gérer, et par suite la responsabilité soit d'une mauvaise gestion, soit du défaut de gestion ?

La raison elle-même nous répond que le tuteur ne peut être considéré comme en retard ni en faute, tant qu'il ignore qu'il est chargé de la tutelle, c'est-à-dire tant qu'il est ainsi effectivement dans l'impossibilité de gérer.

L'obligation de gérer ne commence donc que du moment où il apprend que la tutelle lui a été déférée.

C'est ce que décidait le droit romain :

« Ex quo innotuit tutori se tutorem esse, scire debet « periculum tutelæ ad eum pertinere. » (L. 5, § 10, ff. *de Adm. tut.*)

C'est ce que décide, dans notre droit, l'article 418 :

« Le tuteur agira et administrera en cette qualité, « du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa pré- « sence; sinon, du jour où elle lui aura été notifiée. » (Art. 882 procéd.)

Aussi l'article 451, qui impose au tuteur l'obligation de faire inventaire dans les dix jours qui suivent celui de *sa nomination*, ajoute-t-il ces mots : *dûment connue de lui*.

Il est vrai que l'article 418 ne parle que de la tutelle dative, et que l'article 451 semblerait même aussi ne se référer qu'à cette tutelle (.... *sa nomination*, dit-il).

Mais le principe dont ces articles sont l'expression, étant fondé sur la raison, sur l'équité, ou plutôt même sur la nécessité, doit évidemment s'appliquer aussi aux autres espèces de tutelle, par voie d'analogie.

523. — Si donc il s'agit d'un tuteur légitime, de deux choses l'une :

Ou il était présent sur les lieux, lors du décès qui a ouvert la tutelle; et alors son obligation de gérer commence à l'instant même (arg. de l'art. 394);

Ou il n'était pas présent; et alors l'obligation de gérer ne commence, selon moi, que du jour où il en a eu connaissance.

M. Troplong n'admet pas cette distinction :

« Pour les tuteurs légitimes, dit cet auteur, c'est le jour même de l'ouverture de la tutelle; ils ne peuvent ignorer la loi qui les saisit. » (*Des Priv. et Hypoth.*, t. II, art. 2121, n° 428; ajout. en ce sens Merlin, *Rép.* t. VI, v° *Inscrip. hypoth.*, § 3, n° 6.)

Mais ils peuvent ignorer le fait, qui réalise, en ce qui les concerne, cette application de la loi; or, c'est en fait, qu'il importe ici de savoir s'ils savent, oui ou non, qu'ils sont obligés de gérer la tutelle.

524. — S'agit-il d'un tuteur testamentaire?

L'obligation de gérer commencerait pour lui, à l'instant même de l'ouverture du testament qui lui défère la tutelle, s'il y était présent, ou, dans le cas contraire, du jour où il en aurait connaissance.

525. — Seulement, on peut se demander s'il est nécessaire que le tuteur, légitime ou testamentaire, qui n'était pas présent sur les lieux lors du décès par suite duquel la tutelle lui a été déférée, ou lors de l'ouverture du testament, s'il est, disons-nous, nécessaire qu'il en soit informé par une notification légale, ou s'il suffit qu'il en acquière connaissance de toute autre manière.

M. de Fréminville (t. I, n° 186), d'accord avec M. Lassaulx (*Comm. du Code Napoléon*, t. II, p. 437), exige alors une notification pour le tuteur légitime, aussi bien que pour le tuteur testamentaire.

Mais, d'abord, en ce qui concerne le tuteur légitime, je crois que sa responsabilité commence du moment où il acquiert, d'une manière quelconque, connaissance du décès. Est-ce qu'il n'est pas, en effet, réputé recevoir la notification de la loi elle-même, dès qu'il connaît, en fait, l'événement qui a ouvert la tutelle? (Art. 394.) Est-ce que l'article 421 ne l'oblige pas, de plein droit, à faire nommer de suite un subrogé tuteur?

Dans le cas de l'article 418, le conseil de famille est assemblé; et il est tout simple qu'après avoir nommé le tuteur, il charge l'un de ses membres de lui notifier cette nomination. Mais ici, c'est le tuteur légitime lui-même qui doit provoquer la convocation du conseil; et on ne comprendrait pas qu'il fût nécessaire qu'une autre personne lui adressât une notification, quand c'est lui, au contraire, qui est tenu au premier rang, et avant tous les autres, de prendre en main la gestion

de la tutelle (*voy.* la loi 5, § 10, ff. *de Adm. tut.;* Meslé, liv. I, chap. VIII, n° 1, p. 173; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 389; Marcadé, t. II, art. 418-1°).

On pourrait même soutenir, à l'égard du tuteur testamentaire lui-même, que l'obligation de gérer commence pour lui, indépendamment de toute notification, dès qu'il a connaissance du choix qui lui a déféré la tutelle (Meslé, liv. I, chap. V, n° 1, p. 67).

Cette connaissance plus ou moins exacte du testament ne présente pas, néanmoins, le caractère de certitude qui résulte de la vocation légale; et elle peut toujours, plus ou moins, laisser place au doute, à l'hésitation. Je croirais donc qu'en général, la responsabilité du tuteur testamentaire ne commencerait que du moment où sa nomination lui aurait été notifiée (*voy.* aussi *supra*, n°s 174, 175.)

526. — La question que nous venons de résoudre, se confond avec celle de savoir quel est le rang de l'hypothèque légale du mineur sur les immeubles de son tuteur.

Car il n'y a pas d'hypothèque sans obligation; et, demander à quelle époque commence, pour le tuteur, l'obligation de gérer, c'est demander à quelle époque commence l'hypothèque, qui garantit sa gestion.

Or, à cet égard, les articles du Code Napoléon ne sont pas d'une rédaction irréprochable.

Aux termes de l'article 2135, l'hypothèque existerait *du jour de l'acceptation de la tutelle.*

Mais le tuteur n'accepte pas la tutelle; nous savons qu'il ne peut pas, au contraire, la refuser, s'il n'est pas dans un cas d'excuse (art. 1370); et M. Magnin, en prenant ces mots à la lettre, nous paraît s'écarter des véritables principes (t. II, n° 1284).

Aux termes de l'article 2194, l'hypothèque daterait *du jour de l'entrée en gestion du tuteur.*

Mais le tuteur qui ne serait pas entré en gestion, lorsqu'il aurait dû le faire, répondrait certainement de son défaut de gestion.

La vérité est donc que l'hypothèque date du jour où le tuteur a dû entrer en gestion.

Quel est ce jour?

C'est ce que nous venons précisément d'expliquer dans le numéro qui précède (comp. Merlin, *Rép.*, t. VI, v° *Inscript. hypoth.*, § 3, n° 6; de Fréminville, t. II, n° 1136; Zachariæ, t. II, p. 123).

527. — Autrefois, le tuteur prêtait serment devant le juge avant d'entrer en fonctions (comp. Cod. authent. *de Curatore furiosi;* L. ult., § 4, Cod. *de Admin. tut.;* Ferrières. part. IV, sect. I, n° 1; Meslé, part. I, chap. VIII, n° 2).

L'usage s'en est encore conservé dans plusieurs endroits; et même, on a enseigné dans ces derniers temps, que la loi elle-même exigeait toujours cette condition de la part du tuteur, et aussi du subrogé tuteur :

Soit parce que la tutelle est une sorte de charge publique;

Soit parce que l'article 11 du titre III de la loi du 24 août 1790, qui porte que : « le juge de paix pourra recevoir, dans tous les cas, le serment des tuteurs et curateurs, » n'a été abrogé par aucune autre disposition (Audiffret, *Encyclop. des juges de paix*, t. V, v° *Serment*, n° 3).

Mais le Code Napoléon, qui a organisé la tutelle, forme sur ce sujet une loi tout à la fois spéciale et postérieure;

Or, il ne soumet pas le tuteur à l'obligation de prêter serment;

Donc, il a abrogé virtuellement cette disposition de la loi du 24 août 1790 (*voy.* aussi l'article 7 de la loi

du 30 ventôse an XII, et notre *Traité de la Publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n°s 125-127).

Cette proposition est d'ailleurs aussi reconnue par l'auteur lui-même de l'*Encyclopédie des juges de paix*, dans un autre article (t. V, v° *Tutelle*, sect. IV, n° 11).

528. — En droit romain, c'était le pupille lui-même, du moins lorsqu'il n'était plus *infans* ou *infantiæ proximus*, qui stipulait, qui promettait, qui traitait enfin personnellement ses propres affaires; le tuteur ne faisait en général que l'assister pour augmenter et compléter sa capacité (Inst., tit. *de Auctoritate tutorum*).

Chez nous, au contraire, c'est le tuteur lui-même et lui seul qui est en scène, ou qui du moins régulièrement doit seul y être (*infra*, n°s 807 et suiv.); *il représente le mineur dans tous les actes civils* (art. 450); il est son mandataire légal; aussi le domicile du mineur est-il le même que celui de son tuteur (art. 108).

Le mineur donc n'agit pas et régulièrement ne doit pas agir. Un seul article (si je ne me trompe) parle de l'*autorisation* du tuteur, et c'est précisément pour dire qu'elle ne peut pas habiliter le mineur (art 1030).

Tel est le principe.

Ce principe comporte toutefois des exceptions et des explications, que nous ferons bientôt connaître (*infra*, n°s 790 et suiv.).

529. — Le tuteur, disons-nous, représente le mineur; c'est-à-dire qu'il figure en son nom, à son lieu et place, dans tous les actes civils, soit extrajudiciaires, soit judiciaires, comme demandeur ou comme défendeur.

Son mandat est général (art. 450; et il peut, en

vertu de sa seule qualité, sans qu'il soit nécessaire qu'un texte spécial l'y autorise, passer tous les actes, exercer toutes les actions qui concernent le mineur (Riom, 13 avril 1809, Artoing, Sirey, 1812, II, 288).

Il le peut, soit en se conformant aux conditions et aux formalités prescrites par la loi, soit sans aucune condition ni formalité, s'il s'agit d'un acte pour lequel la loi n'en a établi aucune.

Tous ces pouvoirs du tuteur sont compris sous le nom d'*administration*, dans le sens le plus élevé de ce mot (*voy.* l'intitulé de la section VIII du chapitre II de notre titre dans le Code Napoléon); et sous ce point de vue, on peut dire encore que le tuteur *administre*, lors même qu'il *aliène* un immeuble du mineur, avec les conditions et les formalités prescrites par la loi.

Cette administration doit être conduite par le tuteur en *bon père de famille* (art. 450), c'est-à-dire en homme soigneux, avec sagesse et intelligence. Tel est le sens général de ces expressions, qui se retrouvent plus d'une fois dans le Code Napoléon (art. 601, 692, 1137, 1728, 1880), et dont l'origine remonte sans doute au droit romain, sous l'empire duquel le *fils de famille* n'ayant d'abord aucune propriété, le *pater familias* était le seul qui eût l'administration des biens de la famille, dont la propriété même se résumait dans sa personne.... *Qui in domo dominium habet* (L. 195, § 2, ff. *de Verb. signif.*).

L'article 450 prononce comme sanction de ce devoir la responsabilité du tuteur, à raison des dommages-intérêts qui résulteraient d'une mauvaise gestion (art. 1382).

Nous apprécierons plus tard, en parlant du compte de tutelle, le caractère et l'étendue de cette responsabilité.

530. — Ces observations préliminaires nous ont

tracé d'elles-mêmes la division de ce sujet; et nous examinerons, dans les quatre sections suivantes :

1° Quels sont les pouvoirs du tuteur, en ce qui concerne la personne du mineur;

2° Quels sont ses pouvoirs, en ce qui concerne les biens;

3° Dans quels cas le mineur lui-même peut agir personnellement;

4° Quel est en général l'effet des actes passés soit par le tuteur, soit par le mineur.

SECTION I.

DES POUVOIRS DU TUTEUR EN CE QUI CONCERNE LA PERSONNE DU MINEUR.

SOMMAIRE.

531. — Dispositions du Code Napoléon relatives à l'éducation du mineur. — Deux points sont à résoudre.

532. — A. Dans quels cas l'éducation du mineur, avec ses deux moyens principaux : le droit de garde et le droit de correction, appartient-elle au tuteur?

533. — B. Lorsque le soin de l'éducation du mineur appartient au tuteur, en est-il le seul arbitre? ou, au contraire, le conseil de famille n'a-t-il pas le droit de lui tracer, à cet égard, des instructions obligatoires? — Du droit de garde. — Le tuteur peut-il ou doit-il élever lui-même le mineur?

534. — Du droit de correction.

534 *bis*. — Suite.

535. — Des pouvoirs respectifs du tuteur et du conseil de famille, en ce qui concerne l'éducation du mineur.

536. — Suite.

537. — Suite. — Le conseil de famille peut-il déterminer le lieu de la résidence du mineur?

538. — Du mariage du mineur.

539. — De son émancipation.

540. — De l'enrôlement volontaire du mineur.

531. — L'éducation du mineur, son éducation physique et morale, est assurément l'un des objets les plus importants de la tutelle.

Et pourtant le Code Napoléon est, sur ce sujet, bien laconique!

Trois dispositions s'y rapportent :

L'article 450, qui porte que le tuteur prendra soin de la personne du mineur;

L'article 454, d'après lequel lors de l'entrée en exercice de toute tutelle autre que celle des père et mère, le conseil de famille est chargé de régler, par aperçu et selon l'importance des biens régis, la somme à *laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur;*

Enfin l'article 468, qui est ainsi conçu :

« Le tuteur qui aura des sujets de mécontentement « graves sur la conduite du mineur, pourra porter ses « plaintes à un conseil de famille, et s'il y est auto- « risé par ce conseil, provoquer la réclusion du mi- « neur, conformément à ce qui est statué à ce sujet au « titre *de la Puissance paternelle.* »

C'est d'après ces articles que nous avons à résoudre les deux points suivants :

A. Dans quels cas l'éducation du mineur, avec ses deux moyens principaux : le droit de garde et le droit de correction, appartient-elle au tuteur?

B. Lorsqu'elle lui appartient, en est-il le seul arbitre?

Ou au contraire le conseil de famille n'a-t-il pas le droit de lui tracer, à cet égard, des instructions obligatoires?

532. — A. Et d'abord il est bien certain, malgré les termes en apparence absolus de l'article 450, que *le soin de la personne du mineur* n'appartient pas, dans tous les cas, au tuteur.

Aux termes des articles 372, 373, l'enfant reste, jusqu'à sa majorité et son émancipation, sous l'autorité de son père pendant le mariage, ou du survivant

de ses père et mère, après la dissolution du mariage (ajout. aussi art. 381).... du survivant, disons-nous, tuteur ou non tuteur. Car la tutelle est distincte de la puissance paternelle; et c'est en vertu de la puissance paternelle que le survivant est chargé de l'éducation de son enfant.

Aussi avons-nous déjà constaté que le tuteur, en effet, n'est pas chargé du soin de la personne et de l'éducation du mineur, lorsque le survivant des père et mère existe, à moins que celui-ci, par une cause quelconque, n'ait pas l'exercice de la puissance paternelle (*voy.* notre t. VI, n[os] 374-392).

L'éducation du mineur n'est donc pas de l'*essence*, mais seulement de la *nature* du pouvoir tutélaire.

Si l'article 450 semble la lui attribuer toujours, c'est qu'il a eu sans doute en vue l'hypothèse la plus ordinaire, celle où le survivant des époux est tuteur légal. Et encore cette explication est-elle insuffisante pour le justifier tout à fait; car le survivant lui-même, lorsqu'il exerce la tutelle, gouverne la personne de l'enfant, non pas en vertu de son pouvoir de tuteur, mais en vertu de sa puissance paternelle; et la distinction est importante, puisque ses droits, à cet égard, sont, en vertu de la puissance paternelle, plus étendus que ceux du tuteur (*voy.* notre t. VI, n[os] 375 et 383).

533. — B. En cas de décès des père et mère, ou lorsque le survivant n'exerce pas la puissance paternelle, l'article 450 charge le tuteur de prendre soin de la personne du mineur.

Régulièrement donc, c'est lui qui doit pourvoir à son entretien et à son éducation; qui doit, à l'exemple de ses père et mère, qu'il remplace, former ses mœurs, régler ses habitudes, le mettre en état de bien remplir dans la société la position, quelle qu'elle soit, humble ou élevée, qu'il doit y occuper un jour.

A cet effet, il peut le garder chez lui, s'occuper personnellement de son éducation, s'il est en mesure de le faire; mais c'est là seulement une faculté, car le tuteur n'est pas tenu d'élever lui-même le mineur (Cass., 8 août 1815, Nourry, Sirey, 1815, I, 321; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 389).

Il peut aussi le placer, suivant les circonstances, soit en apprentissage (*infra*, n° 798), soit dans un lycée ou dans un couvent, etc.

Et il n'est pas douteux que la loi, qui lui confie cette mission paternelle, lui donne virtuellement l'autorité nécessaire pour l'accomplir; c'est en ce sens que Pothier disait que le tuteur a le droit *de se faire obéir du mineur* (*des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. III, art. 3).

534. — Voilà pourquoi aussi l'article 468 donne au tuteur les moyens de réprimer les écarts du mineur.

Remarquons toutefois :

1° Qu'il doit se faire autoriser par le conseil de famille;

2° Que, même ainsi autorisé, il ne peut pas agir par *voie d'autorité*, mais seulement *par voie de réquisition*, en provoquant auprès du président du tribunal la détention de l'enfant (*voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n°s 312 et suiv.).

534 *bis.* — Mais le tuteur, au contraire, n'aurait pas, suivant nous, besoin de l'autorisation du conseil de famille pour abréger la durée de l'emprisonnement, qu'il aurait été autorisé à requérir contre le mineur.

D'abord, qu'il puisse l'abréger, cela résulte du renvoi que fait ici l'article 468 au titre *de la Puissance paternelle;* et la raison, en effet, l'exige impérieusement ainsi.

Nous ajoutons qu'il n'est pas nécessaire qu'il ob-

tienne, à cet effet, l'autorisation du conseil de famille; car c'est seulement pour provoquer la mesure de l'emprisonnement que l'article 468 le soumet à cette condition; et on s'explique très-bien la raison de cette différence (comp. Demante, t. II, n° 229 *bis*, III).

535. — Le tuteur a donc le gouvernement et la direction de la personne du mineur.

Telle est, disons-nous, la règle.

Mais cette règle, il faut bien l'entendre.

Est-ce à dire que le tuteur seul soit l'arbitre exclusif et absolu de toutes les questions qui se rattachent à l'éducation du mineur? Qu'il ait seul le droit, par exemple, de décider du lieu de sa résidence; de la personne à laquelle il sera confié; surtout du genre d'éducation qu'il recevra, et de la carrière pour laquelle il sera préparé?

Ou, au contraire, le conseil de famille ne peut-il pas, lorsqu'il le juge utile et convenable, tracer au tuteur, sur ces questions si graves, et dans lesquelles tout l'avenir du mineur est engagé, des instructions auxquelles il devrait se conformer?

On a enseigné que le conseil de famille n'avait aucun pouvoir de ce genre; que l'article 450 accordait au tuteur seul le droit de diriger l'éducation du mineur; que le tuteur n'était tenu d'en référer au conseil de famille que dans le cas prévu par l'article 468, qui fournissait ainsi, pour tous les autres cas, un argument *a contrario;* et que le seul droit du conseil était de destituer le tuteur, si en fait il manquait à ses devoirs en ce qui concerne l'éducation du mineur (art. 444; Magnin, *des Minorités*, t. I, n° 607).

Mais cette doctrine, contraire aux traditions du droit romain et de notre ancienne jurisprudence française, ne me paraît pas plus conforme au Code Napoléon; et je crois que c'est avec raison qu'elle est à peu

près unanimement repoussée par les arrêts et par les auteurs modernes.

On peut voir au Digeste, dans tout le titre *Ubi pupillus educari vel morari debeat*, de quelle sollicitude l'éducation du pupille était l'objet. Le tuteur seul n'en était pas l'arbitre. C'était le magistrat, *prætor* ou *præses*, qui en décidait, *causa cognita, præsentibus cæteris propinquis liberorum*.

Mêmes principes dans notre ancien droit, à ce point qu'on autorisait même la nomination d'un tuteur pour la gestion des biens, et d'un autre tuteur pour l'éducation de la personne (Meslé, part. I, chap. IX, n° 27, et chap. XI, n° 55; Pothier, *Traité des Personnes*, part. I, tit. VI, art. 4 *in fine;* Merlin, *Rép.*, t. IV, v° *Éducation*, § 1, n° 5).

Ces précédents sont très-sages sans doute; car le tuteur peut se tromper sur le genre d'éducation qu'il convient de donner au mineur; et tout annonce en effet qu'il se trompe, lorsque la famille s'en émeut et intervient. Il serait d'autant plus imprudent de ne s'en rapporter qu'au tuteur sur ce point essentiel, que, chargé personnellement de l'exécution, il n'est pas impossible qu'il soit, même à son insu, influencé par quelque sentiment d'intérêt personnel.

Cela posé, pour admettre que le Code Napoléon a renversé ces traditions si anciennes et si prévoyantes, il faudrait un texte bien formel;

Or, au contraire un texte positif attribue au conseil de famille le droit de tracer au tuteur des instructions relatives à la personne du mineur.

Aux termes de l'article 454, en effet, le conseil de famille est chargé de régler la somme à laquelle doit s'élever la dépense annuelle du mineur; et il est évident que cette attribution renferme le pouvoir d'apprécier et de déterminer en même temps que l'impor-

tance, le but et l'objet de cette dépense. Le conseil de famille peut donc demander au tuteur quels sont, à cet égard, ses projets, et lui accorder ou lui refuser les fonds nécessaires, suivant qu'il les approuve ou qu'il les rejette; et par suite, il peut, en votant les fonds, exprimer l'emploi auquel ils devront être affectés, emploi sous la condition duquel seulement il déclarera les voter (*infra*, n° 600).

536. — Le tuteur pourra sans doute se pourvoir devant le tribunal, pour faire réformer la délibération du conseil de famille, s'il prétend que cette délibération n'est pas conforme au véritable intérêt du mineur, et pour faire triompher, s'il y a lieu, ses vues personnelles en ce qui concerne l'éducation.

Mais s'il ne se pourvoit pas contre la délibération, ou si la délibération est maintenue par la justice, son devoir est de s'y conformer; et nous croyons que s'il s'en écartait, le conseil de famille pourrait prononcer sa destitution (art. 444).

537. — Le conseil de famille peut donc décider du genre d'éducation que le mineur recevra; s'il sera placé en apprentissage chez un artisan ou dans une maison de commerce, ou dans un lycée, etc.

Nous croyons même aussi qu'il peut décider du lieu de sa résidence; ordonner que le mineur sera confié à un de ses parents; que la jeune fille, par exemple, demeurera chez sa sœur ou chez son aïeule qui consentirait à la recevoir et à la soigner; qu'il le peut, disons-nous, par la même raison qu'il pourrait décider qu'elle ne demeurera pas chez le tuteur, mais qu'elle sera placée dans un pensionnat.

Il n'est pas nécessaire, pour cela, que le tuteur soit suspect ni destituable; d'autres considérations peuvent déterminer le conseil de famille à prendre cette délibération, qui n'a rien de blessant pour le tuteur,

puisqu'elle n'est que l'exercice d'une attribution légale du conseil, dans l'intérêt des mineurs.

L'article 108 qui dispose que le domicile du mineur non émancipé est chez son tuteur, ne s'applique qu'au domicile de droit ; il ne résout pas la question de fait, la question d'habitation et de résidence.

L'article 450 charge sans doute le tuteur de prendre soin de la personne du mineur ; mais les développements, qui précèdent, ont assez démontré que cette disposition n'a point un sens absolu. Les dispositions absolues ne conviennent pas en pareille matière ; ce qui est vrai, c'est que l'article 450 charge le tuteur seul de procurer l'exécution des mesures qui concernent la personne du mineur.

Mais de ces mesures elles-mêmes, il ne dit pas qu'il en soit le seul arbitre ; et nous avons établi que la proposition contraire est la seule juridique (comp. Cass., 8 août 1815, de Nourry, Sirey, 1815, I, 321 ; Toulouse, 2 juill. 1821, M... C. F..., Sirey, 1822, II, 10 ; Toullier, t. II, n°s 1183, 1184 ; Valette sur Proudhon. t. II, p. 355 ; Duranton, t. III, n°s 528, 530 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 390 ; Chardon, *de la Puiss. tutél.*, n° 306 ; Marchant, *de la Minorité*, p. 264 ; Demante, t. II, n° 203 *bis*).

538. — Nous savons que le tuteur n'a pas, en cette qualité, le droit de consentir au mariage du mineur (art. 160 ; *voy.* notre t. III, n°s 84-86).

Il peut seulement y former opposition, ainsi que nous l'avons exposé ailleurs (art. 174 ; *voy.* notre t. III, n°s 147-149).

539. — Ce n'est pas non plus le tuteur qui est chargé d'émanciper le mineur.

Il ne peut que proposer son émancipation au conseil de famille, qui a seul le droit de la prononcer (art. 478, 479).

540. — Notons aussi que le tuteur ne peut consentir à ce que le mineur contracte un enrôlement volontaire, qu'autant qu'il y est autorisé par une délibération du conseil de famille (loi du 21 mai 1832, art. 32; *infra*, n° 797).

SECTION II.

DES POUVOIRS DU TUTEUR, EN CE QUI CONCERNE LES BIENS DU MINEUR.

SOMMAIRE.

541. — Le tuteur a certaines obligations à remplir, dès son entrée en gestion. — Division.

541. — Dès son entrée en gestion, ou plutôt avant son entrée en gestion, dès qu'il sait que la tutelle lui est déférée, le tuteur a certaines obligations à remplir.

Nous allons les exposer d'abord pour nous occuper ensuite de la gestion elle-même, pendant le cours de la tutelle.

§ I.

Des obligations du tuteur, au moment de son entrée en gestion.

SOMMAIRE.

542. — Énumération des obligations à remplir par le tuteur dès son entrée en gestion.

542. — Ces obligations concernent :

A. La nomination du subrogé tuteur;

B. L'apposition ou la levée des scellés, et l'inventaire;

C. La vente des meubles;

D. Le règlement des dépenses, ou plus généralement du *budget* de la tutelle; et aussi la détermination des

époques auxquelles le tuteur devra fournir des états de situation, si le conseil de famille croit devoir lui en demander.

Reprenons :

A. — *Nomination du subrogé tuteur.*

SOMMAIRE.

543. — Renvoi.

543. — C'est là un point déjà expliqué; nous savons que cette obligation est celle que le tuteur doit remplir avant toutes les autres (art. 421, 422; *supra*, n° 362).

B. — *Apposition ou levée des scellés. — Inventaire.*

SOMMAIRE.

544. — Dans quels cas les scellés doivent-ils être apposés, dans l'intérêt du mineur?

545. — L'inventaire doit être fait dans tous les cas. — Importance et double but de cette mesure.

546. — Quels biens l'inventaire doit-il comprendre? — *Quid*, des immeubles?

547. — Tous les tuteurs doivent faire l'inventaire, sans excepter le père ou la mère.

548. — La dispense ou la prohibition de l'inventaire, prononcée par un disposant, serait-elle valable? — Première opinion : elle serait valable, si le disposant n'avait pas d'héritier à réserve, et nulle dans le cas contraire.

549. — Seconde opinion : elle serait nulle dans tous les cas.

550. — L'inventaire doit comprendre tous les biens, qui appartiennent au mineur, au moment de l'ouverture de la tutelle. — *Quid*, des biens de la succession du père ou de la mère du mineur? Le survivant, tuteur légal, doit-il en faire l'inventaire dans les dix jours? — *Quid*, des biens de toute autre succession, échue au mineur, avant l'ouverture de la tutelle?

551. — *Quid*, si les frais de l'inventaire doivent absorber, entièrement ou à peu près, la valeur des biens?

552. — L'inventaire est-il nécessaire, dans le cas où un tuteur nouveau succède seulement à un ancien tuteur? Le compte rendu au

nouveau tuteur, par le tuteur sortant ou par ses héritiers, n'en tient-il pas lieu?

553. — L'inventaire doit être fait par le ministère d'un notaire.

554. — Le juge de paix doit-il y assister? — Peut-il, contre le gré du tuteur, faire la levée des scellés avec description, ou procéder à des perquisitions?

555. — L'inventaire doit être fait en présence du subrogé tuteur. — Est-ce à dire que le subrogé tuteur ne peut pas s'y faire représenter par un fondé de pouvoirs?

556. — Le tuteur et le subrogé tuteur doivent-ils affirmer par serment que l'inventaire est sincère et fidèle?

557. — Les créanciers du mineur, dont les titres n'auraient pas été relatés dans l'inventaire, n'en conservent pas moins leurs droits. — Il faut toutefois excepter le tuteur, dans le cas où il n'aurait pas déclaré qu'il lui était dû quelque chose par le mineur, sur la réquisition du notaire, dont mention doit avoir lieu au procès-verbal. — Origine et motifs de cette disposition.

558. — *Quid*, si la réquisition n'avait pas été faite par l'officier public au tuteur?

559. — La disposition finale de l'article 451 est-elle applicable à tous les tuteurs sans distinction?

560. — *Quid*, si le tuteur n'assistait pas, en personne, à l'inventaire?

561. — *Quid*, si la créance du tuteur contre le mineur, était constatée par un acte authentique?

562. — L'article 451 s'applique-t-il à la veuve, tutrice légale de ses enfants mineurs, en tant qu'il s'agit de sa dot et de ses reprises matrimoniales sur la succession de son mari?

563. — La présomption, sur laquelle repose la disposition finale de l'article 451, admet-elle la preuve contraire? Le tuteur pourrait-il être relevé de la déchéance qu'elle prononce?

564. — Suffit-il que le tuteur déclare qu'il est créancier? Ne faut-il pas qu'il ajoute en vertu de quelle cause et pour quelle somme?

565. — La déclaration faite par le tuteur ne saurait lui créer un titre par elle-même.

566. — La disposition finale de l'article 451 ne s'applique pas au subrogé tuteur.

567. — S'appliquerait-elle dans le cas où un tuteur nouveau succédant à un ancien tuteur, il n'y aurait pas confection d'un inventaire?

568. — Le tuteur ne doit pas s'immiscer dans les biens du mineur, avant d'avoir fait inventaire. — Exception. — *Quid*, s'il n'a pas fait inventaire dans le délai fixé par la loi?

569. — *Quid*, s'il n'a pas fait du tout inventaire?

570. — Quelle serait, contre le subrogé tuteur, la conséquence du défaut d'inventaire?

544. — L'article 451 dispose que « dans les dix

« jours qui suivront celui de sa nomination, le tuteur « requerra la levée des scellés, s'ils ont été apposés... »

Lorsqu'un héritier mineur est sans tuteur, les scellés doivent être apposés, soit à la réquisition d'un de ses parents, soit d'office par le juge de paix (art. 911-1° procéd.).

D'où il suit que l'apposition des scellés peut n'avoir pas lieu, lorsque le mineur héritier a un tuteur, si celui-ci ne la requiert pas (art. 910 procéd.).

C'est ce qui arrive, en effet, assez souvent, lorsque par le prédécès du père ou de la mère, le survivant se trouve tuteur légal de plein droit. L'article 819 du Code Napoléon a même été modifié tout exprès en ce sens, par l'article 911-1° du Code de procédure, afin de laisser au survivant la faculté de ne point requérir cette mesure pénible dans un moment toujours douloureux, et afin aussi de permettre aux familles peu aisées d'en éviter les frais. Telle était déjà l'ancienne pratique française (Meslé, part. I, chap. VII, n° 28; *voy.* en outre les lettres du ministre de la justice du 18 mars 1806 et du 5 novembre 1808).

Mais il est clair aussi que le tuteur peut requérir cette apposition; et c'est là même en général une mesure de précaution et de garantie qu'il est de son devoir de requérir sans délai, lorsqu'il le croit utile.

545. — Soit que les scellés aient été apposés d'office, ou sur la réquisition d'un parent ou du tuteur, soit qu'ils n'aient pas été apposés, l'inventaire doit être fait dans tous les cas.

L'inventaire est une des mesures les plus importantes de la tutelle; c'est, en quelque sorte, la base fondamentale de toute l'administration tutélaire.

L'inventaire a, en effet, ce double but : 1° de constater, relativement au tuteur, tous les biens qu'il prend en charge et dont il devra plus tard rendre

compte; 2° de faire connaître, d'une manière absolue, l'état des affaires du mineur et l'importance de sa fortune, afin qu'on sache ce qu'il convient de faire pour lui, pour son éducation, etc.

346. — A ce point de vue, il aurait été nécessaire qu'il présentât le tableau complet de tous ses biens, de ses biens corporels et incorporels, de ses titres actifs et passifs, de ses immeubles comme de ses meubles (*voy.* l'article 943 procéd.).

Il résulte toutefois de cet article 943 que l'inventaire ne doit contenir que la description et l'estimation des biens meubles[1], des effets mobiliers, et qu'il n'est pas nécessaire que les immeubles y soient estimés ni même décrits; et dans l'usage les propriétés immobilières ne sont le plus souvent constatées dans l'inventaire que par l'énonciation des titres.

L'inventaire proprement dit, en effet, ne s'applique qu'aux meubles, à l'égard desquels il a un but d'utilité, qu'il ne présente pas pour les immeubles; il empêche les détournements, les substitutions, danger qui n'est pas à craindre pour les immeubles; ce qui faisait dire à d'Argentré : *immobilia et res soli describi nil necesse est, quia patent* (Gloss. II, n° 3 sur l'article 477 de la Coutume de Bretagne; *voy.* art. 126 C. Nap.).

Toutefois, il ne s'agirait pas seulement ici d'empê-

1. L'estimation doit être faite *à juste valeur et sans crue* (art. 943-3° procéd.)

La *crue* était un supplément, une *augmentation* de prix, que l'on ajoutait autrefois, dans la plupart des provinces, au montant de la prisée des meubles, pour déterminer l'obligation de ceux qui en devaient rendre la valeur et en particulier des tuteurs (Duparc-Poullain, t. I, n° 76; Pothier, *des Personnes*, part. I, tit. VI, art. 4).

Cette crue, le plus généralement du quart, était appelée *parisis*, ou encore dans quelques pays, *quint en sus* ou *cinquième denier*. L'origine en remontait à un édit du mois de février 1556, qui avait rendu les experts estimateurs garants de leur prisée; l'usage avait fini par s'introduire parmi eux, afin de se soustraire à cette garantie, de faire les prisées d'un quart environ au-dessous de la valeur réelle (Merlin, *Répert.*, t. III, v° *Crue*).

cher des soustractions et de préparer les éléments du compte tutélaire; il importerait également de connaître au complet la situation tout entière du mineur, en immeubles aussi bien qu'en meubles.

Quoi qu'il en soit, l'estimation des immeubles n'a pas été requise par le motif, sans doute, qu'elle aurait pu souvent n'être pas aussi facile et aussi prompte que celle des meubles.

Mais les observations, qui précèdent, nous portent à croire qu'on ferait bien du moins de décrire sommairement les immeubles eux-mêmes dans l'inventaire.

Et tel était aussi l'avis de nos anciens auteurs qui ajoutaient que *la déclaration sommaire des maisons et héritages en assure la possession au mineur et concourt à conserver son droit* (Meslé, part. I, chap. VII, n° 25; Toullier, t. II, n° 1192; de Fréminville, t. I, n° 203; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 391; Massé et Vergé, t. I, p. 426).

547. — L'article 451 déclare, dans les termes les plus généraux, que le tuteur fera procéder à l'inventaire; et il impose dès lors cette obligation à tous les tuteurs, sans en excepter aucun, pas même le survivant des père et mère (*voy.* toutefois dans l'ancien droit, Meslé, part. I, chap. VII, n° 28).

La règle est que toutes les dispositions de la tutelle sont applicables au survivant des père et mère, comme à tous les autres tuteurs, toutes les fois que la loi ne l'en a pas excepté; et elle prend soin, en effet, de l'excepter, lorsqu'elle croit devoir le faire (art. 454, 470).

Or, l'article 451 ne renferme aucune exception de ce genre. Il est vrai que cet article se sert du mot *nomination;* d'où l'on pourrait vouloir induire qu'il ne se réfère qu'au tuteur nommé soit par le testament du dernier mourant des père et mère, soit par le conseil de famille. Mais outre que l'on pourrait répondre que

le tuteur légitime, après tout, est *nommé*, lui aussi! par la loi, il est évident que cette expression, plus ou moins exacte, est insuffisante pour créer une exception que le législateur a d'avance désavouée (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 225), et qu'aucun motif sérieux ne pourrait justifier (*voy.* aussi art. 442).

548. — L'inventaire est si bien imposé par la loi à tous les tuteurs et dans tous les cas sans distinction, qu'il faudrait, selon moi, déclarer nulle toute clause ou condition par laquelle un disposant dispenserait le tuteur de faire inventaire des biens qu'il transmettrait au mineur, ou qui même défendrait, sous une peine quelconque, de faire cet inventaire.

Cette solution toutefois est depuis longtemps et aujourd'hui même encore fort controversée.

Il est vrai que le droit romain validait cette dispense ou cette prohibition d'inventaire de la part du testateur.

« Non audeat tutor res pupillares attingere, nisi « prius inventario publice facto..., *nisi testatores, qui « substantiam transmittunt, specialiter inventorium con- « scribi vetuerint....* » (L. 13, § 1, Cod. *Arbitrium tutelæ.*)

Mais déjà, dans notre ancien droit, de vives dissidences s'étaient élevées à cet égard; et si quelques auteurs professaient la doctrine romaine, d'autres s'en étaient écartés. L'article 307 de la Coutume de Poitou déclarait même expressément que la confection de l'inventaire ne pouvait pas être défendue par testament (comp. Duparc-Poullain, *Princ. du Droit*, t. I, p. 260; Boucheul, *Cout. du Poitou*, sur l'article précité, n° 7; Ricard, *des Donations*, part II, chap. II, n° 87; Guy, Coquille, *Cout. du Nivernais*, tit. *des Tutelles*, art. 4).

Sous l'empire du Code Napoléon, on a proposé la distinction suivante :

Ou le disposant avait des héritiers à réserve;

Ou il n'en avait pas.

Dans le premier cas, la dispense ou la prohibition d'inventaire sera nulle; elle sera nulle, d'abord en ce qui concerne les biens formant la réserve, si c'est le mineur lui-même, qui est réservataire; car ces biens, il les reçoit directement de la loi, qui ne permet pas à l'auteur de la succession de leur imposer aucune charge ni clause quelconque; elle sera même nulle aussi, en ce qui concerne les biens formant la quotité disponible, sans distinguer si l'héritier réservataire est le mineur lui-même ou si c'est une autre personne, parce qu'alors l'inventaire est indispensable pour déterminer, entre le réservataire et le légataire, le montant de leurs droits réciproques.

Dans le second cas, c'est-à-dire si le disposant n'a pas d'héritier à réserve, la dispense ou la prohibition d'inventaire sera valable.

En effet, dit-on, qui peut le plus, peut le moins;

Or, le disposant aurait pu ne rien laisser au mineur; il aurait pu au contraire laisser au tuteur lui-même tous ses biens;

Donc, il a pu *a fortiori*, en laissant ses biens au mineur, prononcer la dispense ou la prohibition de l'inventaire.

Cette clause d'ailleurs sera presque toujours justifiée, en fait, par des motifs raisonnables, soit dans l'intérêt du tuteur, auquel le disposant aura voulu accorder une preuve de confiance, surtout s'il s'agit d'un tuteur testamentaire, auquel il aurait légué l'usufruit de ses biens; soit dans l'intérêt du mineur lui-même, afin de lui épargner des frais, ou d'empêcher la divulgation des secrets de sa famille et de ses affaires (comp. Delvincourt, t. I, p. 116, n° 7; Toullier, t. II, n° 1198; Duranton, t. III, n° 538; Zachariæ, t. I, p. 221; Marcadé, t. II, art. 451, n° 5).

349. — Je pense, en ce qui me concerne, qu'il est plus juridique de déclarer nulle, dans tous les cas, la dispense ou la prohibition de l'inventaire :

1° Je ferai remarquer qu'il s'en faut bien que notre ancien droit fournisse à l'opinion contraire un argument sans réplique. Autrefois, en effet, on pensait assez généralement, que « *si les parents assemblés trouvent n'être pas expédient au pupille de faire inventaire, le juge pourra autoriser cet avis....* » (Guy-Coquille, sur l'article 4 du titre *des Tutelles* de la Cout. du Nivernais; Meslé, part. I, chap. VII, n° 28.) Et on s'explique très-bien ainsi comment le disposant, lorsqu'il trouvait lui-même *qu'il était expédient de ne pas faire inventaire,* pouvait en prononcer la dispense ou la prohibition. Encore cette dispense ou cette prohibition pouvait n'être pas maintenue, si le juge estimait au contraire que l'intérêt du mineur exigeait qu'un inventaire fût dressé.

Aussi M. de Fréminville propose-t-il de n'admettre également qu'avec cette restriction, sous le Code Napoléon, la doctrine que je combats (t. I, n° 207).

2° Mais cette restriction elle-même ne me paraît pas pouvoir la rendre juridique.

L'inventaire est, sous le Code Napoléon, une obligation essentielle du tuteur, de tous les tuteurs ; et le conseil de famille ne pourrait pas l'en dispenser (*Encyclop. des juges de paix,* t. V, v° *Tutelle,* § 2, n° 3).

Donc, le disposant ne peut, par aucune clause, l'en dispenser non plus ou le lui défendre ; « non enim jus « publicum remittere potest hujusmodi cautionibus. » (L. 5, § 7, ff. *de Administ. tut.;* art. 6 et 900).

3° On objecte que le disposant aurait pu léguer tous ses biens au tuteur lui-même ; et on dit : qui peut le plus, peut le moins!

Cet argument n'est pas toujours péremptoire ; et je

reponds : qui peut une chose, ne peut pas toujours une autre chose. *Fecit quod non potuit; non fecit quod potuit.*

Le disposant pourrait-il dispenser le tuteur de rendre compte ? Non, on en convient.

Eh bien! pourtant, on pourrait objecter aussi dans ce cas, que le disposant, qui aurait pu léguer tous ses biens au tuteur, a pu, *a fortiori*, le dispenser d'en rendre compte ;

Or, les auteurs mêmes, tous les auteurs, qui enseignent la doctrine que je réfute, enseignent en même temps que la dispense de rendre compte, serait nulle ;

Donc, l'argument, *qui potest majus, potest et minus*, n'est pas décisif.

C'est qu'en effet si le disposant peut mettre à sa libéralité les conditions qu'il juge convenables, ce n'est qu'autant que ces conditions n'affectent pas une de ces dispositions essentielles, dont la loi exige impérativement l'exécution (*voy.* notre t. VI, n° 458).

C'est ainsi que d'après l'article 1030, le testateur qui n'aurait aucun héritier à réserve, ne pourrait pas néanmoins nommer pour son exécuteur testamentaire, un individu incapable de s'obliger (art. 1028-1030).

4° On convient, dis-je, que le tuteur ne peut pas être dispensé de rendre compte.

Or, l'obligation de faire inventaire est corrélative à celle de rendre compte ; la première est le moyen ; elle est la condition sous laquelle seulement la seconde peut être remplie.

Donc, l'impossibilité, de la part du disposant, de dispenser le tuteur de rendre compte, emporte virtuellement l'impossibilité de le dispenser de l'inventaire.

Le tuteur lui-même ne pourrait pas être forcé de recevoir sans inventaire les biens dont il sera compta-

ble ; il ne peut pas être forcé de livrer sa responsabilité à des moyens de preuve incertains et périlleux, à la place de la preuve nette et positive, que la loi exige dans l'intérêt commun des parties.

Tout cela est si vrai, que les partisans de la doctrine que je combats, reconnaissent qu'un inventaire devra être fait du moins en la forme privée, contradictoirement avec le subrogé tuteur (*voy.* les auteurs ci-dessus cités).

C'est-à-dire qu'en vérité la dispense ou la prohibition d'inventaire ne sont pas maintenues dans leur propre système, et que tout se réduit à cette différence que l'inventaire, au lieu d'être notarié, sera fait par acte sous seing privé.

La question, amenée à ces termes, perd déjà beaucoup de son intérêt ; mais je n'en crois pas moins que cette différence même n'est pas légale, et que régulièrement il n'est pas plus permis de dispenser le tuteur des conditions d'après lesquelles la loi veut que l'inventaire soit dressé, que de l'inventaire lui-même ; car c'est par une seule et indivisible disposition que la loi impose au tuteur ce devoir.

5° Ce n'est pas tout encore ; l'inventaire n'est pas seulement une mesure importante dans l'intérêt du mineur vis-à-vis de son tuteur ; il est encore la garantie du mineur contre les prétentions des créanciers du disposant, qui voudraient le contraindre au payement des dettes au delà de la valeur des biens par lui recueillis ; et voilà pourquoi l'article 461 exige que l'acceptation des successions échues aux mineurs n'ait lieu que sous bénéfice d'inventaire.

Si, en effet, vous ne dressiez pas l'inventaire des biens recueillis par le mineur à titre universel, son propre patrimoine serait aussi livré même *ultra vires*, aux poursuites des créanciers personnels du dispo-

sant; or, c'est là un danger, dont la loi a précisément voulu toujours le garantir; danger si sérieux, que Delvincourt, oubliant la doctrine qu'il avait enseignée sur l'article 451 (t. I, p. 116, note 7), a enseigné sur l'article 776 la doctrine contraire (t. II, p. 31, note 8; comp. Duranton, t. VII, n° 15; de Fréminville, t. II, n° 207; Magnin, t. II, n° 646; Chardon, t. III, n° 463; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 393; Massé et Vergé, t. I, p. 427; Demante, t. I, n° 208 *bis*, V).

550. — L'inventaire doit comprendre les biens qui appartiennent au mineur, au moment de l'ouverture de la tutelle.

On a mis toutefois en question si le survivant des père et mère, tuteur légal, doit faire, dans le délai *de dix jours*, fixé par l'article 451, l'inventaire de la succession du prédécédé.

Le doute est venu : 1° de ce que l'article 795 accorde à tout héritier *trois mois* pour faire inventaire, *à compter du jour de l'ouverture de la succession ;* 2° de ce qu'il pourrait arriver que l'inventaire fût inutile, si le conseil de famille, d'après ses renseignements particuliers et une notoriété certaine, pensait qu'il y a lieu, dans l'intérêt du mineur, de renoncer *de plano* à la succession, sans même s'engager dans les embarras et les frais d'un inventaire (art. 461).

Mais il faut répondre que le mineur est héritier de son auteur décédé; qu'il est saisi des biens de la succession (art. 724), qui doivent être considérés comme les siens, tant que la renonciation n'est pas faite ; et que dès lors ces biens doivent être inventoriés (art. 451). L'inventaire, d'ailleurs, sera presque toujours nécessaire pour mettre le conseil de famille à même de se prononcer en connaissance de cause sur le parti le meilleur à prendre ; et il est d'autant plus probable que les rédacteurs du Code Napoléon ont entendu que l'arti-

cle 451 serait alors applicable, que cette hypothèse est, en réalité, la plus fréquente de toutes et que c'est presque toujours des biens de la succession du père ou de la mère du mineur qu'il y a lieu de faire inventaire (Valette sur Proudhon, t. II, p. 357).

L'inventaire de la succession du père ou de la mère prédécédé, devra donc être commencé dans les dix jours et continué sans interruption par le survivant, sans distinguer s'il était commun ou non commun en biens.

Ce n'est pas en vertu de l'article 1442 qu'il est tenu de cette obligation; c'est en vertu de l'article 451 (*voy.* notre t. VI, n° 574).

Marcadé enseigne que : « Si le survivant n'est pas tuteur, ce serait toujours lui, et non le tuteur, qui ferait faire l'inventaire d'après l'article 1442. » (T. II, art. 451, n° 4.)

Le survivant commun en biens, est obligé, sans doute, pour conserver l'usufruit légal, de faire inventaire d'après l'article 1442; mais il faut ajouter que le tuteur, lui, n'en est pas moins obligé, d'après l'article 451, de provoquer aussi l'inventaire (Pothier, *Traité de la Communauté*, t. II, n° 797).

Aussi l'inventaire devrait-il être fait, également, dans les dix jours, de toute autre succession qui serait échue au mineur, avant l'ouverture de la tutelle.

551. — Faudrait-il faire un inventaire dans le cas même où les frais de cet acte devraient absorber, entièrement ou à peu près, la valeur des biens?

L'affirmative semble bien rigoureuse et très-peu con forme à la raison.

En fait, on s'abstient alors presque toujours.

Mais en droit, comment pourrions-nous justifier une telle proposition? Le texte est absolu; il n'orga-

nise aucun autre moyen de constater les biens dont le tuteur sera responsable ; il aurait pu sans doute laisser au conseil de famille le soin d'apprécier, sous ce rapport, la situation, et d'aviser; mais il ne l'a pas fait.

Régulièrement donc, il faut toujours faire dresser soit un inventaire, soit du moins un procès-verbal de carence (comp. Zachariæ, t. I, p. 221 ; de Fréminville, t. I, n° 216).

552. — Si c'est un tuteur nouveau qui succède à un ancien tuteur, il se peut qu'il n'y ait pas lieu de faire un inventaire.

Le compte de tutelle, qui sera rendu au tuteur entrant, en présence du subrogé tuteur, par le tuteur sortant ou par ses héritiers, remplace parfaitement l'inventaire; il est évident, en effet, que l'article 451 suppose l'ouverture d'une première tutelle.

Toutefois l'inventaire serait nécessaire, même dans le cas d'un simple changement de tuteur, si le mineur était héritier de son tuteur décédé, ou si toute autre succession à lui échue au moment de ce changement de tuteur, n'avait pas été comprise dans le compte tutélaire.

553. — L'inventaire doit être fait, non point par acte sous seing privé, mais par le ministère d'un notaire (art. 451 ; art. 10 du décret des 6 et 27 mars 1791 ; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 165 ; ajout. Ferrières sur l'article 240 de la Coutume de Paris; *voy.* aussi notre t. VI, n° 568).

554. — Mais la loi n'exige pas la présence du juge de paix, qui dès lors ne peut pas plus assister à l'inventaire qu'il ne pourrait, contre le gré du tuteur, faire la levée des scellés avec description ni procéder à des perquisitions.

Il est de règle, en effet, que le juge de paix ne peut

faire aucun acte de ce genre, après l'apposition des scellés, que sur les réquisitions des parties (comp. art. 911 et 940 procéd.); et le silence de notre article 451 prouve assez que cette règle est applicable en matière de tutelle; à quoi bon, d'ailleurs, tant de personnes et tant de frais? (Aix, 28 juill. 1830, Rousseau, D., 1831, II, 24; de Fréminville, t. I, n° 199; *voy.* toutefois en sens contraire, Carré, *Lois de la procéd.*, t. II, n° 3140.)

Tel était déjà l'ancien droit, qui s'était vivement préoccupé des frais considérables qu'entraînent les formalités qui accompagnent la tutelle, et qui « étaient regardées comme le meilleur moyen de faire valoir les greffes et les droits des officiers de justice qui ne s'y oublient pas.... » (Meslé, part. I, chap. VII, n°s 39 et suiv.).

555. — Le contradicteur obligé du tuteur, dans l'inventaire, c'est le subrogé tuteur (art. 451).

Quelques auteurs prétendent même qu'il résulte de ces termes de l'article 451 : *en présence du subrogé tuteur*, que le subrogé tuteur ne peut pas se faire représenter par un fondé de pouvoirs dans cette opération si importante et qui exige, dit-on, une surveillance personnelle (comp. Ferrières sur l'article 240 de la Cout. de Paris, glos. 2, n° 8; Carré, *Lois de la procéd.*, t. II, n° 3145; Pigeau, *de la Procéd. civile*, t. II, p. 597; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 165; de Fréminville, t. I, n° 201).

Pothier, sous l'ancien droit, ne se montrait pas si sévère; à cette époque pourtant où il fallait, sous peine de nullité de l'inventaire, que le subrogé tuteur, avant d'y assister, prêtât serment, Pothier écrivait : « qu'il peut y assister par un fondé de sa procuration spéciale » (*de la Communauté*, t. II, n° 797).

Serait-il logique de nous montrer plus difficiles sous le Code Napoléon, qui n'exige pas ce serment?

La règle est qu'on peut se faire représenter par un fondé de pouvoirs, dans les opérations d'un inventaire comme dans les autres actes civils ; or, nous ne connaissons pas de texte qui, par exception, exige ici la présence personnelle du tuteur et du subrogé tuteur. L'article 451 nous paraît d'autant moins avoir cette portée, qu'il n'y aurait pas en effet de motifs suffisants pour justifier cette dérogation, qui pourrait au contraire, dans un grand nombre de cas, être la cause de beaucoup de retards et d'embarras (comp. *supra*, n° 374, et *infra*, n° 608 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 391).

556. — Je viens de dire que le subrogé tuteur ne prête plus serment ; et cette proposition me paraît vraie aussi en ce qui concerne le tuteur, malgré la dissidence de M. de Fréminville (t. I, n° 205), qui, en exigeant que l'inventaire soit toujours, et dans tous les cas, affirmé sincère par le tuteur, étend, selon moi, au delà de ses termes, l'article 943, n° 8, du Code de procédure (*supra*, n° 527).

557. — L'inventaire doit, avons-nous dit, contenir, entre autres énonciations, le détail des titres passifs du mineur, sans préjudice, bien entendu, du droit des créanciers, dont les titres n'y auraient pas été relatés et qui se feraient ensuite connaître.

Toutefois, le second alinéa de l'article 451 renferme, à cet égard, en ce qui concerne le tuteur, une disposition spéciale :

« S'il lui est dû quelque chose par le mineur, il « devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de dé« chéance ; et ce, sur la réquisition que l'officier pu« blic sera tenu de lui en faire, et dont mention sera « faite au procès-verbal. »

Cette disposition a pour origine la novelle 72, chap. IV, et la loi 8 au Code : *qui dare tutores*, etc., qui

prévoyaient même, en outre, le cas où le tuteur était débiteur du mineur : « *si tutor se debitorem vel credito-* « *rem esse ab initio tacuerit...* »

L'article 451 ne s'occupe que de l'hypothèse où le tuteur sera *créancier* du mineur, à l'ouverture de la tutelle ; et il a pour but d'empêcher la fraude, par laquelle le tuteur pourrait faire revivre une créance éteinte, s'il apercevait que la preuve de la libération du mineur ne se trouve pas dans les papiers inventoriés, soit parce qu'elle aurait été égarée, soit parce qu'elle ferait partie d'une liasse ou d'un dossier qui seraient en ce moment, à l'insu peut-être des parties, dans les mains d'un tiers, d'un avoué, par exemple, ou d'un avocat; auquel cas le tuteur pourrait la supprimer ensuite.

Ce motif prouve assez que la réquisition que l'officier public est tenu de faire au tuteur de déclarer s'il est créancier, doit lui être adressée dès le début de l'opération, ou au plus tard, du moins, avant le dépouillement des papiers.

558. — La déchéance dont l'article 451 frappe le tuteur qui n'a pas déclaré sa créance (*sciat actione adversus minorem casurum*, nov. 72, chap. IV), cette déchéance, à première vue rigoureuse, n'a pourtant rien d'injuste; on ne peut pas s'expliquer, en effet, la réponse négative du tuteur, lorsqu'il est directement et formellement interpellé sur ce point.

Car telle est la condition sous laquelle seulement l'article 451 est applicable; si donc, la réquisition n'avait pas été faite par l'officier public, ou si la mention ne s'en trouvait pas dans le procès-verbal, la déchéance ne serait pas encourue (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 225; Pau, 6 août 1834, Chuhando, D., 1835, II, 28; Demante, t. II. n° 209 *bis*, I; Toullier, t. II, n° 1194; Duranton, t. III, n° 539; Magnin, t. I, 639).

Mais alors le notaire devrait être déclaré responsable envers le mineur, si, en effet, le défaut de réquisition lui avait causé préjudice (art. 1382), c'est-à-dire s'il était prouvé que le tuteur s'est fait payer une seconde fois une créance déjà éteinte, et si son insolvabilité rendait inefficace le recours du mineur contre lui.

559. — L'article 451, deuxième alinéa, s'applique à tous les tuteurs, sans excepter le tuteur testamentaire, ainsi qu'on le faisait assez généralement sous l'ancien droit, où d'ailleurs la novelle 72, chap. IV, avait paru si rigoureuse, qu'elle n'était point observée partout (Meslé, part. I, chap. XI, n° 19; Guy-Pape, quest. 44).

560. — Si le tuteur n'assistait pas, en personne, à l'inventaire, il devrait donner, à cet égard, ses instructions à son fondé de pouvoirs (*supra*, n° 555).

561. — L'article 451 porte que le tuteur doit déclarer *s'il lui est dû quelque chose par le mineur.*

Ces termes sont absolus, et comprennent, en conséquence, tout ce qui pourrait être dû, soit par acte privé, soit même par acte authentique. La Cour impériale de Caen avait précisément demandé (dans ses observations sur le projet de Code Napoléon) une exception pour le cas où la créance serait constatée authentiquement; mais cette exception n'a pas été admise (Toullier, t. II, n° 1194).

Et il n'y a pas lieu davantage de distinguer si la créance du tuteur est ou n'est pas liquide (comp. Nîmes, 29 mars 1852, Soustelle, Dev., 1852, II, 340; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 392; Massé et Vergé, t. I, p. 427).

562. — Nous ne croyons pas qu'on puisse appliquer l'article 451 à la veuve, tutrice légale de ses enfants mineurs, qui, interpellée par le notaire, n'aurait pas déclaré qu'elle était créancière de sa dot et de

ses reprises matrimoniales sur la succession de son mari.

Très-souvent, ces reprises constituent un droit de prélèvement qui donne à la veuve le caractère de copartageante, bien plutôt que de créancière (art. 1436, 1470, 1472); et, dans les cas mêmes où la femme ne pourrait être considérée que comme créancière, sa créance, alors, n'ayant pas pu être payée avant l'ouverture de la succession de son mari, et ne devenant exigible qu'à l'époque même où la tutelle commence, la possibilité d'un payement déjà fait, c'est-à-dire le motif de l'article 451, le danger qu'il a voulu prévenir, n'existent pas dans ce cas (Magnin, t. I, n° 639).

563. — La présomption sur laquelle repose la déchéance prononcée par l'article 451, n'admet pas, en général, de preuve contraire (*voy.* toutefois art. 1352, qui réserve le serment et l'aveu; Ducaurroy, t. I, n° 651); mais je ne pense pas qu'on pût appliquer cette déchéance au tuteur, qui, sur la réquisition du notaire, aurait déclaré n'être pas créancier, si, à ce moment, il ignorait, de bonne foi, qu'il le fût; comme si, par exemple, il était devenu héritier, à son insu, d'un de ses parents, décédé peu de temps avant l'ouverture de la tutelle, et qui se trouvait créancier du mineur.

A l'impossible nul n'est tenu! et l'article 451, appliqué aveuglément même à cette hypothèse, serait d'une iniquité révoltante.

564. — Le tuteur, interpellé par le notaire, doit déclarer, non pas seulement qu'il est créancier, mais en vertu de quelle cause et de quelle somme : « *s'il lui est dû quelque chose.* » (Carré, *de la Procédure*, t. II, n° 3151).

Il ne faudrait donc pas considérer comme doctrinal l'arrêt par lequel la Cour de Rouen a décidé que le tu-

teur, qui s'est déclaré créancier d'une certaine somme, ou *à peu près*, peut ensuite réclamer des sommes beaucoup supérieures (17 août 1839, Lemoine, D., 1840, II, 105).

Il y aurait là, en effet, un danger véritable, le danger de la suppression des quittances, qui aurait pu constater des payements partiels.

565. — Il est bien évident d'ailleurs que la *déclaration* faite par le tuteur lui-même dans l'inventaire ne saurait lui créer un titre, ni le dispenser de fournir ensuite la preuve de la créance qu'il prétend lui appartenir contre le mineur (*voy.* art. 1331).

Sa propre déclaration ne saurait même valoir de commencement de preuve par écrit (art. 451, 1316, 1347; Bourges, 26 avril 1831, Gentil, D. 1831, II, 241).

566. — Le second alinéa de l'article 451 ne s'applique pas au subrogé tuteur.

1° Parce que ses termes mêmes ne mentionnent que le tuteur;

2° Parce que ses motifs n'existent pas, à l'égard du subrogé tuteur, qui n'est pas saisi des titres et qui n'aurait pas le moyen de supprimer les quittances;

3° Enfin, parce qu'il s'agit d'une disposition rigoureuse et exorbitante, qui ne doit pas être étendue (Paris, 14 février 1817, Margueron, Sirey, 1818, II, 59; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 427; Aubry et Rau, t. I, p. 392; Magnin, t. I, n° 641; de Fréminville, t. I, n° 210).

567. — Supposons qu'il n'y ait point lieu à inventaire; c'est un tuteur en exercice qui se retire, et qui rend son compte au tuteur nouveau (*supra*, n° 552).

Le tuteur nouveau doit-il, sous peine de déchéance, déclarer, dans l'acte de reddition du compte, s'il lui est dû quelque chose par le mineur?

Marcadé enseigne l'affirmative, et il charge le subrogé tuteur de faire alors, au tuteur, les réquisitions que l'officier public, qui ferait un inventaire, serait chargé de lui adresser (t. II, art. 451, n° 2).

Cette solution nous paraît contestable :

1° Parce que l'article 451 est une disposition infiniment rigoureuse, qui ne saurait être étendue ;

2° Parce que l'on peut dire que les motifs, sur lesquels il repose, ne se présentent pas alors, du moins dans tous les cas, ni avec la même gravité. Si, en effet, c'est le tuteur sortant, excusé, par exemple, qui rend lui-même son compte, il sait où sont les titres, et il est là pour le dire ; tandis que, dans le cas prévu par l'article 451, il s'agit de la succession d'une personne qui n'a pas préparé les éléments de l'inventaire, ni communiqué ses renseignements. Cet argument nous manque, il est vrai, dans le cas où le compte est rendu par les héritiers du tuteur décédé. Mais enfin, même dans ce cas, remarquez qu'il y a déjà eu, précédemment, un inventaire, et que le danger est encore moindre.

Il nous semblerait donc impossible de prononcer une telle déchéance en dehors des termes précis de la loi.

568. — Le délai de dix jours, dans lequel, d'après l'article 451, le tuteur doit requérir la levée des scellés et faire procéder *immédiatement* à l'inventaire, ce délai court, non pas du jour de *sa nomination*, mais plus exactement du jour où il a eu connaissance de sa vocation à la tutelle (*supra*, nos 522 et suiv.).

C'est une règle de droit fort ancienne, que le tuteur ne doit pas s'immiscer dans les biens du mineur, avant d'avoir fait inventaire.

« Nihil itaque gerere, ante inventorium factum, « eum oportet, nisi quod dilationem nec modicam

« exspectare possit.... » (L. 7, princ. ff. *de Adm.*, *tut.*; ajout. Meslé, part. I, chap. VII, n° 20.)

Cette règle si sage est implicitement consacrée par l'article 451 ; et régulièrement, le tuteur ne doit faire, avant l'inventaire, que les actes de gestion urgents et indispensables.

L'article n'attache toutefois aucune sanction spéciale à l'expiration de ce délai, sans que l'inventaire ait été commencé. Mais le tuteur serait responsable, suivant le droit commun, du préjudice que ce retard pourrait causer au mineur.

569. — A plus forte raison, serait-il responsable du défaut absolu d'inventaire, ou, ce qui revient au même, d'un inventaire reconnu infidèle (art. 801).

Et voici les cinq conséquences qui pourraient, suivant les cas, en résulter contre lui :

1° Le mineur ou ses représentants auraient le droit de prouver par témoins ou même *par la commune renommée*, la consistance et la valeur des biens. Tel était l'ancien droit, et le Code Napoléon l'a évidemment consacré (art. 1348, 1353, 1415, 1504, 1442; *voy.* aussi notre t. VI, n°s 566 et suiv.).

2° Le serment *in litem* pourrait même être déféré aux parties intéressées. Le droit romain (L. 7, princ. ff. *de Adm. tut.*), et notre ancien droit français (Gillet, *de la Tutelle*, p. 63; Duparc-Poullain, sur l'article 160 de la Cout. de Bretagne) étaient également certains en ce qui concerne cette proposition, qui repose aujourd'hui sur l'article 1369 du Code Napoléon ; et je ne crois pas que M. Magnin (t. I, n° 638) ait raison de dire que ce serment *in litem* n'est plus en usage dans la nouvelle législation (Taulier, t. II, n 1197 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 392; Massé et Vergé, t. I, p. 427; de Fréminville, t. I, n° 206).

3° Le tuteur pourrait être déclaré non recevable à

réclamer le payement des créances, qu'il prétendrait ensuite lui appartenir contre le mineur, si en effet de graves présomptions s'élevaient sur la sincérité de ces créances (arg. de l'article 451-2°; Toullier, t. II, n° 1195, *Encyclop. des juges de paix*, v° *Tutelle*, t. V, § 2, n° 4).

4° Aux termes de l'article 1442, le survivant commun en biens perdrait la jouissance des biens de ses enfants.

Nous avons dit ailleurs pourquoi nous pensons que cette disposition ne saurait être appliquée à d'autres cas que ceux qu'elle a prévus (*voy.* notre t. VI, n° 577).

5° Enfin, le tuteur pourrait être destitué, par application de l'article 444, si le défaut d'inventaire était considéré comme un acte d'incapacité et surtout d'infidélité de sa part (Meslé, part. I, chap. VII, n° 20 ; Toullier, t. II, n° 1195 ; de Fréminville, t. I, n° 206).

570. — Quant au subrogé tuteur, l'article 1442, qui prononce contre lui la responsabilité solidaire de toutes les condamnations que les mineurs obtiendraient contre le tuteur, cet article n'est, à la vérité, applicable aussi qu'à l'hypothèse d'une communauté dissoute, dont le survivant a négligé de faire l'inventaire.

Mais le droit commun suffit pour rendre, dans tous les autres cas, le subrogé tuteur responsable envers le mineur, si sa conduite a été telle que l'on juge qu'elle a dû engendrer effectivement contre lui cette responsabilité (art. 1382; *supra*, n° 391.)

C. — *Vente des meubles.*

SOMMAIRE.

571. — Texte de l'article 452. — Motif de la vente des meubles.
572. — L'article 452 s'applique-t-il aux meubles incorporels?
573. — S'applique-t-il à tous les meubles corporels?
574. — La règle d'après laquelle les meubles corporels doivent être vendus reçoit deux exceptions. — 1° Le conseil de famille peut autoriser le tuteur à conserver des meubles en nature.
575. — Faut-il que l'initiative, à cet égard, vienne du tuteur lui-même?
576. — 2° Les père et mère, tant qu'ils ont l'usufruit légal des biens de leurs enfants, sont dispensés de faire vendre les meubles. — Renvoi.
577. — Lorsque l'usufruitier légal conserve les meubles en nature, il doit en faire faire une estimation à ses frais. — Par qui l'expert est-il nommé? — Doit-il être choisi parmi les officiers priseurs? — Pourquoi cette estimation nouvelle?
578. — Les père et mère pourraient ne conserver qu'une partie des meubles en nature, et faire vendre l'autre partie.
579. — 3° A la règle, que tous les meubles doivent être vendus, faut-il ajouter encore une exception, qui résulterait de la défense faite par le père ou la mère dans son testament, ou plus généralement par la personne qui aurait disposé des meubles au profit du mineur?
580. — C'est au tuteur qu'appartient le choix de l'officier public qui sera chargé de faire la vente.
581. — Suivant quelles formes la vente doit-elle être faite?
582. — *Quid*, si le tuteur avait vendu les meubles sans les formalités requises?
583. — *Quid*, s'il ne les avait pas fait vendre dans le délai d'un mois déterminé par la loi?
584. — *Quid*, s'il ne les avait pas fait vendre du tout?
585. — L'article 452 est également applicable aux meubles qui peuvent advenir au mineur pendant la durée de la tutelle. — Il faut toutefois excepter les fruits.
586. — L'article 452 ne s'appliquant pas aux meubles incorporels, par quelles règles ces meubles sont-ils régis? — Le tuteur peut-il ou doit-il les vendre? — Peut-il les aliéner seul et sans formalités? — Ou au contraire doit-il obtenir l'autorisation du conseil de famille et observer certaines formes? — Énumération des biens auxquels s'applique cette question.
587. — Thèse générale. — Il faut distinguer la question de validité de

571. — L'article 452 est ainsi conçu :

« Dans le mois, qui suivra la clôture de l'inventaire, « le tuteur fera vendre, en présence du subrogé tuteur, « aux enchères reçues par un officier public, et après « des affiches ou publications dont le procès-verbal de « vente fera mention, tous les meubles, autres que « ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à « conserver en nature. »

Le but de cette mesure est de convertir en un capital productif les meubles stériles, ou même dispendieux, dont le mineur ne se servirait pas, et qui n'en subiraient pas moins, pendant la durée de la tutelle, la dépréciation, la détérioration ou même la perte, qui les atteint par le seul effet du temps (art. 796).

572. — Ce motif prouve assez que l'article 452 ne s'applique pas aux meubles incorporels, rentes, créances, actions, etc., qui constituent elles-mêmes déjà cet emploi, ce placement auquel la vente des meubles a pour unique objet d'arriver.

« Les dettes actives du mineur, disait Meslé, ne seront mises aux enchères, vendues, ni adjugées en gros.... » (*Des Minorités*, part. I, chap. VIII, n° 11.)

La preuve en résulte du texte même de l'article 452, d'après lequel il s'agit des objets qui pourraient être conservés *en nature*, expressions qui ne conviennent taxativement qu'aux meubles corporels (comp. Bordeaux, 30 mai 1840, Boyer, Dev., 1840, II, 367; Valette sur Proudhon, t. II, p. 372, note III; et *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 244; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 394; Massé et Vergé, t. I, p. 428; Demante, t. II, n° 210 *bis; voy.* toutefois Douai, 28 juin 1843, Frémaux, Dev., 1843, II, 586.)

573. — Mais aussi, et par les mêmes motifs, l'article 452 s'applique, en règle générale, à tous les meubles corporels, à ceux-là surtout qui sont sujets à des chances de dépréciation, de détérioration et de perte.

Le mot *meuble*, dans notre article, n'a donc pas la signification restreinte que lui attribue l'article 533 :

1° Parce qu'il serait absurde de ne pas vendre précisément les chevaux, les voitures, les denrées, c'est-à-dire les objets les plus susceptibles de détérioration ou de perte, lorsqu'on ne vend que pour éviter la détérioration ou la perte ;

2° Parce que l'article 533 n'est applicable que lorsque le mot *meuble* est employé seul, et qu'ici l'on peut dire qu'il est employé par opposition au mot *immeuble* (art. 457);

3° Enfin, parce que les différentes définitions données par les articles 533 et 536 n'ont rien, ainsi que nous le verrons plus tard, d'absolu ni d'impératif, et doivent toujours être entendus *secundum subjectam materiam.*

574. — La règle d'après laquelle tous les meubles corporels doivent être vendus, comporte, d'après le texte, deux exceptions :

1° Le conseil de famille peut autoriser le tuteur à conserver en nature certains meubles seulement, ou même tous les meubles.

Que cette exception s'applique aux meubles nécessaires à l'usage personnel du mineur, à son entretien, à son éducation, à son apprentissage, cela est évident.

Mais elle reçoit, en outre, plus ou moins d'étendue, suivant les cas, eu égard à la position sociale du mineur, à sa fortune, à son âge, à l'état auquel il se destine, à l'époque plus ou moins prochaine de sa majorité ou de son mariage, etc., etc.

C'est ainsi que le conseil de famille pourra autoriser le tuteur à conserver les tableaux, l'argenterie, les livres, surtout s'ils peuvent être bientôt utiles au mineur, etc. (L. 22, Cod. *de Admin. tut.*)

Le conseil de famille pourrait même autoriser le tuteur à conserver la totalité des meubles, comme si, par exemple, la valeur en était si peu considérable qu'elle dût être absorbée, ou à peu près, par les frais de la vente (de Fréminville, t. I, n° 234 *bis*).

575. — De l'article 452, tel qu'il est rédigé, il résulte que le tuteur, pour vendre tous les meubles, n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille, et

que cette autorisation ne lui est nécessaire que pour les conserver en nature.

Telle est, en effet, la règle; et c'est en général sur la proposition du tuteur, auquel l'initiative appartient, que le conseil de famille est appelé à délibérer à cet égard.

Toutefois, le texte de l'article 452 n'est pas si impératif que nous ne puissions accorder aussi au conseil de famille le droit d'ordonner que certains meubles que le tuteur se disposerait à faire vendre, seront, au contraire, conservés. Cette solution est raisonnable et certainement conforme à l'esprit de la loi, qui consacre elle-même le droit d'examen et d'intervention du conseil de famille sur cette question.

576. — 2° « Les père et mère, tant qu'ils ont la « jouissance propre et légale des biens du mineur, sont « dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent les « garder pour les remettre en nature.

« Dans ce cas, ils en feront faire, à leurs frais, une « estimation à juste valeur par un expert qui sera « nommé par le subrogé tuteur et prêtera serment de- « vant le juge de paix. Ils rendront la valeur estimative « de ceux des meubles qu'ils ne pourraient représen- « ter en nature. » (Art. 453.)

Nous nous sommes déjà expliqué sur cette seconde exception, en exposant les règles qui gouvernent l'usufruit paternel (*voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, nos 524 et 526).

Remarquons encore ici que cette exception existe seulement *tant qu'ils ont* (le père ou la mère) *la jouissance propre et légale des biens du mineur....*

Donc, ils doivent eux-mêmes, lorsqu'ils n'ont pas ou lorsqu'ils n'ont plus cette jouissance, faire vendre les meubles, à moins que le conseil de famille ne les ait autorisés à les conserver.

Je dis qu'ils doivent les faire vendre, parce que je suppose que le survivant est tuteur. S'il ne l'était pas, c'est le tuteur, bien entendu, qui serait chargé de ce soin.

577. — Lorsque l'usufruitier légal préfère de garder les meubles en nature, l'estimation doit en être faite, à ses frais, par un expert, qui, dans ce cas particulier, est nommé par le subrogé tuteur.

Faut-il que cet expert soit choisi parmi les officiers priseurs?

On pourrait sans doute le soutenir, et nous l'avions nous-même pensé d'abord ainsi (comp. art. 935 Cod. de procéd.; lois des 21-26 juill. 1790; 17 sep. 1793, art. 1; 27 ventôse an IX; décret du 4 juin 1813, art. 37; loi du 28 juin 1816, art. 89; Bourges, 8 juin 1832, Dalbert, D., 1833, II, 8; *Encyclop. des juges de paix*, t. IV, v° *Officier priseur*, § 1, n° 5, art. de M. Rolland de Villargues.)

Il faut convenir pourtant que l'article 453 n'exige pas cette condition; et même en exigeant que l'expert chargé par le subrogé tuteur prête serment devant le juge de paix, cet article paraît bien indiquer que son choix n'est pas restreint à des officiers publics qui sont déjà assermentés; ce dernier avis nous paraîtrait donc finalement aussi le plus sûr (comp. Rennes, 14 janv. 1835, Riom; Nîmes, 22 févr. 1837, huissiers d'Orange, Dev., 1837, II, 179 et 180; Bruxelles, 2 mai 1839, Bazin; Grenoble, 5 déc. 1839, huissiers de Grenoble, Dev., 1840, II, 223 et 577; *voy.* aussi Cass., 19 déc. 1838, huissiers de Montargis, Dev., 1839, I, 175; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 395).

Mais pourquoi, direz-vous, une estimation nouvelle? Est-ce que les meubles n'ont pas déjà été estimés dans l'inventaire, et même *à juste prix et sans crue?* (Art. 943-3° procéd.; *supra*, n° 546, note 1.)

Il est vrai ; mais l'estimation, qui est faite dans l'inventaire, a pu paraître ici ne point offrir assez de garanties dans l'intérêt du mineur.

L'estimation dans l'inventaire n'a pour but que l'évaluation générale, plus ou moins approximative, des biens du mineur; et après cela, de deux choses l'une :

Ou les meubles seront vendus ; et alors les enchères en détermineront bien le véritable prix;

Ou ils seront conservés ; et alors les erreurs de la prisée ne peuvent pas être bien dommageables (*infra*, n° 584).

Mais ici, au contraire, il s'agit d'une estimation qui doit seule, et par elle-même, déterminer définitivement la valeur précise des meubles entre le mineur et l'usufruitier légal, qui ne sera tenu de rendre que cette *valeur estimative* (art. 453), s'il ne représente pas les meubles en nature.

Voilà pourquoi la loi, attachant à cette estimation une importance toute spéciale, exige qu'elle ait lieu *à juste valeur*.

578. — Rien ne me paraît s'opposer à ce que les père et mère conservent une partie des meubles pour en jouir en nature, et fassent vendre l'autre partie.

M. Magnin fait même remarquer que, dans ce cas, ils ne devront personnellement les frais de l'estimation que de ceux des meubles qu'ils conservent (t. I, n° 648).

579. — 3° A la règle, que tous les meubles doivent être vendus, faut-il ajouter encore une exception qui résulterait de la défense faite par le père ou la mère dans son testament, ou plus généralement par la personne qui aurait disposé des meubles au profit du mineur?

L'affirmative paraît avoir été suivie autrefois (Meslé,

part. I, chap. VIII, n° 25 ; arrêtés de Lamoignon, titre *de la Tutelle,* art. 70); et elle a encore aujourd'hui ses partisans (Zachariæ, t. I, p. 223 ; et Massé et Vergé, t. I, p. 429).

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner la difficile question de savoir si le disposant peut valablement imposer au gratifié la condition de ne point aliéner, soit indéfiniment, soit pendant un certain temps, l'objet de sa libéralité.

Mais, dans le cas particulier qui nous occupe, je crois qu'il serait plus juridique de ne pas considérer comme nécessairement obligatoire, la condition qui défendrait la vente des meubles donnés ou légués au mineur.

Nous avons vu, en effet, que les règles qui organisent l'administration de la tutelle, participent du droit public, et qu'il n'est pas permis d'y déroger (art. 6, 900; *supra,* n°s 548, 549).

Ce qu'on peut dire, c'est que le tuteur et le conseil de famille devront tenir le plus grand compte de ce vœu du disposant, et autoriser dès lors la conservation en nature, si en effet les intérêts du mineur n'en sont pas notablement affectés (comp. de Fréminville, I, 324; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 395).

580. — C'est le tuteur qui est chargé de faire la vente; et c'est à lui, en conséquence, qu'il appartient de choisir l'officier public par le ministère duquel elle se fera (Turin, 10 mai 1809, Eusebio, Sirey, 1812, II, 372; D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle,* p. 735).

581. — Cette vente doit être faite en présence du subrogé tuteur, suivant les formes déterminées par les articles 945 à 951 du Code de procédure.

Il est toutefois une opinion qui enseigne qu'on ne doit observer taxativement que les formes indiquées

par l'article 452 du Code Napoléon, et non point celles tracées par le Code de procédure (comp. Toullier, t. II, n° 1200; Carré, *Lois de la procéd.*, t. II, n° 3155; de Fréminville, t. I, n° 244; *Encyclop. des juges de paix*, t. V, v° *Tutelle*, § 2, n° 8).

Mais nous croyons que cette doctrine n'est pas conforme à l'intention du législateur qui a organisé en général, par le Code de procédure, les formalités de ces sortes de ventes; et la preuve nous paraît particulièrement en résulter de l'article 952 de ce Code (comp. Duranton, t. III, n° 543; Proudhon et Valette, t. II, p. 367, 368; Magnin, t. I, n°s 653 et 656; Taulier, t. II, p. 62; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 654, p. 469).

582. — Que si le tuteur avait vendu les meubles sans les formalités requises, ou si encore il avait vendu, avec ou sans formalités, des meubles qu'il aurait dû conserver, il serait responsable envers le mineur du dommage qui en résulterait pour lui.

Mais les tiers de bonne foi ne pourraient pas être inquiétés (art. 1141, 2279).

583. — Le tuteur pourrait être également déclaré responsable de la détérioration, de la dépréciation ou de la perte même fortuite des meubles, s'il avait laissé expirer le délai d'un mois fixé par l'article 452, sans procéder à la vente, à moins toutefois, qu'eu égard aux circonstances, il n'eût agi comme un bon père de famille, précisément en retardant cette vente (art. 450). Car le délai d'un mois n'est pas, après tout, absolument de rigueur; il n'est prescrit sous aucune sanction spéciale; et le tuteur ne devrait des dommages-intérêts, qu'autant qu'il aurait causé un préjudice au mineur, en ne procédant pas à la vente dans le délai d'un mois; or, nous supposons, au contraire, qu'il a bien servi ses intérêts en la différant (Cass., 8 déc. 1824, Hénis-

sart, D., 1825, I, 18; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 393; Massé et Vergé, t, I, p. 428).

584. — A plus forte raison, le tuteur serait-il responsable si, au lieu de faire vendre les meubles après l'expiration du délai imparti par l'article 452, il ne les avait pas fait vendre du tout.

Autrefois cette responsabilité consistait à tenir compte aux mineurs « du prix des meubles selon la prisée de l'inventaire, avec la crue à raison de cinq sols par livre, avec les intérêts du prix et de la crue. » (Arrêtés de Lamoignon, tit. *de la Tutelle*, art. 77; ajoutez toutefois Pothier, *des Personnes*, partie I, tit. VI, art. 3.)

Dans le silence du texte à cet égard, c'est d'après les principes généraux, que les dommages-intérêts dus au mineur devraient être appréciés (art. 450, 1381, 1149, etc.).

Le mineur pourrait donc réclamer à son choix :

Soit ses meubles en nature, à la charge par le tuteur de l'indemniser de la dépréciation et de la détérioration qu'ils auraient subies, lors même que le tuteur ne les aurait pas employés à son usage personnel;

Soit le montant de l'estimation portée dans l'inventaire.

Nous savons qu'il n'y aurait pas aujourd'hui de *crue* à y ajouter (*supra*, n° 546, note 1). Mais pourtant, comme cette estimation elle-même n'avait pas pour but de déterminer la dette du tuteur et qu'elle devait être suivie d'une vente aux enchères (*supra*, n° 577), le tuteur pourrait être condamné, en outre, à des dommages-intérêts; et, par exemple, il devrait les intérêts du prix que la vente aurait produit; il les devrait, dis-je, à partir du jour où ce prix aurait dû être placé (comp. Duranton, t. III, n° 543, note 2; de Fréminville, t. I, n° 238).

585. — Il n'est pas douteux que l'article 452 est

applicable également aux meubles corporels, qui peuvent advenir au mineur depuis l'ouverture de la tutelle. Les motifs sont absolument les mêmes, dans tous les cas.

Nous en exceptons toutefois la vente des fruits provenant des biens du mineur. Il est clair, en effet, que l'article 452, qui ne s'applique même littéralement qu'aux meubles appartenant au mineur, à l'époque de l'ouverture de la tutelle, ne saurait s'étendre aux fruits dont la vente constitue le plus souvent un de ces actes quotidiens et courants d'administration, qu'on ne saurait assujettir à des formalités de justice, sans les rendre impossibles (comp. Demante, t. II, n° 220 *bis*, V).

586. — Nous avons dit que l'article 452 ne s'appliquait qu'aux meubles corporels (*supra*, n° 572).

Mais alors s'élève la question de savoir ce qu'il faut décider à l'égard des meubles incorporels, qui appartiennent au mineur au moment de l'ouverture de la tutelle, ou qui lui adviennent postérieurement :

S'ils doivent ou s'ils peuvent être vendus ?

S'ils peuvent l'être par le tuteur seul, sans autorisation du conseil de famille et sans formalités ?

Ou si, au contraire, la vente ne doit être faite qu'avec l'autorisation de la famille, avec ou sans formalités ?

Cette question s'applique à des biens d'une grande importance :

1° Aux charges de notaire, d'avoué, de commissaire-priseur, d'agent de change, etc. ; en un mot, aux *offices* ;

2° Aux établissements industriels et de commerce : usine, fabrique, magasin de nouveautés, épicerie, boulangerie, etc. ;

3° Aux propriétés littéraires ou industrielles ;

4° Aux rentes sur l'État et aux actions de la Banque de France;

5° Aux rentes sur particuliers ;

6° Aux actions dans les entreprises commerciales et industrielles, des canaux, des chemins de fer, etc.;

7° Aux créances sur particuliers, exigibles ou à terme, litigieuses ou non litigieuses.

587. — La thèse, que je soulève ici, se rattache, il est vrai, au sujet que je ne dois traiter que dans le paragraphe suivant :

Quels sont les actes que le tuteur peut faire seul ?

Quels sont ceux pour lesquels il a besoin d'autorisation?

Mais, d'un autre côté, cette thèse s'élevant tout naturellement sur l'article 452, il me paraît rationnel de l'aborder de suite.

Et elle va poser de suite, en effet, devant nous, les deux systèmes différents que nous retrouverons presque toujours en présence, d'un bout à l'autre de ce sujet.

L'un, prenant pour base l'article 450, d'après lequel *le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils*, en conclut que le tuteur est le mandataire général du mineur et qu'il peut faire seul, sans autorisation, ni homologation, ni formalités quelconques, tous les actes, pour lesquels la loi n'exige pas spécialement l'une ou l'autre de ces conditions.

Le second système, au contraire, procédant par voie d'analogie et d'induction, prétend soumettre à la nécessité de l'autorisation, etc., les actes semblables, par leur caractère ou par leur importance, à ceux que la loi elle-même y a déterminément soumis.

En ce qui me concerne, voici tout d'abord, si je puis dire ainsi, ma profession de foi sur cette thèse générale :

S'agit-il d'apprécier, relativement aux tiers avec lesquels le tuteur a traité, la validité de l'acte?

Je pense qu'il ne sera pas possible d'annuler l'acte, vis-à-vis des tiers, pour défaut d'autorisation du conseil de famille, d'homologation du tribunal, ou de formalités quelconques, si en effet, la loi n'exigeait, pour l'acte qui a été fait, ni autorisation, ni homologation, ni formalités.

S'agit-il, au contraire, d'apprécier la responsabilité à laquelle pourrait être tenu, envers le mineur, le tuteur qui aurait fait un acte important, sans demander l'autorisation ou même l'avis du conseil de famille?

Je crois alors qu'il est dans le devoir du tuteur, dans son devoir d'administrateur et de bon père de famille, de résoudre lui-même, pour le plus grand intérêt du mineur, cette question douteuse; de suppléer ainsi à l'imperfection des textes, et, par conséquent, d'en référer au conseil de famille. Je crois qu'en ne le faisant pas, qu'en traitant seul et sans en référer au conseil de famille, le tuteur engage par cela même beaucoup plus sérieusement sa responsabilité, si l'acte passé par lui, fût-ce même de bonne foi, est dommageable au mineur.

Cette distinction me paraît juridique; et je ne vois pas de contradiction à dire que les mêmes arguments d'analogie qui seraient trop faibles contre les tiers, seront assez forts contre le tuteur, qui est lié, lui! envers le mineur, par le devoir général de faire pour le mieux et d'agir toujours avec prudence, avec maturité.

Appliquons maintenant cette théorie aux différentes espèces que j'ai présentées plus haut (n° 586).

588. — 1° Le père du mineur était notaire, avoué, agent de change, etc.

Ou encore c'est un oncle, dont le mineur est héritier pendant le cours de la tutelle, et dans la succession duquel se trouve un office.

Cet office est là, vacant; et il faut bien y pourvoir et le céder.

Le tuteur peut-il faire seul le traité, en déterminer seul le prix et les autres conditions?

Non, a-t-on dit : comment serait-il possible que la loi, qui ne permet pas au tuteur de vendre à l'amiable les meubles corporels, des meubles souvent de la plus chétive valeur, lui permît d'arrêter seul le prix d'un *meuble* qui forme peut-être la partie la plus importante de la fortune du mineur, et quelquefois même toute sa fortune! L'article 452 doit donc être appliqué par voie d'analogie. Aussi les instructions ministérielles sont-elles, à cet égard, précises; et les présentations faites par le tuteur, au nom des héritiers mineurs du titulaire décédé, ne sont admises au ministère de la justice qu'autant qu'elles sont accompagnées d'une expédition de la délibération du conseil de famille (de Fréminville, t. I, nos 232, 233).

Voici ma réponse :

Je remarque d'abord que l'analogie, que l'on veut induire de l'article 452, n'existe même pas ici. L'article 452, en effet, n'exige pas l'autorisation du conseil de famille pour la vente des meubles, il porte seulement que ces meubles seront vendus aux enchères;

Or, précisément cette disposition est impossible à appliquer aux offices ministériels, et on ne prétend pas en effet l'y appliquer;

Donc, nous sommes en dehors de l'article 452.

Notez, en outre, que dans la vérité scientifique du fait, il ne s'agit pas ici d'une *vente* proprement dite. Je sais bien que tel est le langage habituel; on dit

qu'une étude est à *vendre*, qu'elle est *vendue ;* et la jurisprudence elle-même, sous l'influence de cette idée, très-populaire en effet, et par des considérations équitables sans doute, mais plus équitables que rigoureusement juridiques, admet le privilége au profit du prétendu vendeur.

Pourtant l'une des conditions essentielles de la vente, c'est un objet dans le commerce; or l'office n'est pas dans le commerce, bien entendu; donc, il ne peut pas être l'objet d'une vente.

Qu'y a-t-il donc?

Un contrat innommé, un contrat *do ut facias, facio ut des*, par lequel le tuteur s'engage à présenter à la nomination du gouvernement celui avec lequel il a traité (art. 91 de la loi du 28 avril 1816);

Or, ce contrat, quelle qu'en soit l'importance, n'a pas été soumis par le Code Napoléon à la nécessité de l'autorisation du conseil de famille;

Donc, il est valablement fait, à l'égard du tiers, par le tuteur seul.

Tel paraissait être aussi l'ancien droit. Ferrières rapporte un grand nombre d'arrêts, qui ont déclaré valables des ventes d'offices *de judicature*, *de notaire*, etc., appartenant à des mineurs, et qui avaient été consenties par le tuteur sans autre formalité qu'un avis de parents, ou même par le tuteur seul et sans avis de parents (*des Tutelles*, part. IV, sect. VIII, n° CDXXVII et suiv.; art. 81 des arrêtés de Lamoignon, art. 4, *des Tutelles*).

Je réserve toujours, bien entendu, la question de responsabilité du tuteur, qui n'aurait pas soumis son traité à l'approbation du conseil de famille.

Je m'empresse, en effet, d'ajouter qu'il fera très-sagement de l'y soumettre, et que c'est là même de sa part un véritable devoir.

Aussi j'approuve moi-même de tous points les instructions ministérielles, qui exigent que le conseil de famille soit appelé à délibérer sur les traités de ce genre (Bordeaux, 30 mai 1840, Boyer, D., 1840, II, 196; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 413; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 279, 280).

589. — 2° question est plus délicate encore, lorsqu'il s'agit d'un établissement commercial ou industriel, d'une fabrique, d'une boulangerie, etc.

Il y aura, en effet, presque toujours, dans ce cas, des meubles corporels très-susceptibles de recevoir l'application de l'article 452 : des ustensiles, des marchandises, etc., etc.

Mais, d'un autre côté, l'achalandage, la réputation commerciale, ne sont pas des meubles corporels ; et cette valeur-là, cette valeur incorporelle forme le principal, le fonds, l'*établissement* lui-même enfin, dont les meubles corporels, ustensiles et marchandises, ne sont que l'accessoire et l'instrument.

On peut objecter, il est vrai, que cet établissement commercial pourrait être vendu, suivant les formes déterminées par l'article 452.

Mais d'abord, cette objection même pourrait n'être pas toujours très-fondée, comme s'il s'agissait de quelque industrie ou profession qui ne pourrait être exercée que sous certaines conditions, par exemple, avec l'autorisation de l'autorité publique.

Et puis, cette espèce toute particulière de *meuble*, ne se peut pas vendre de la même manière, au comptant ni au premier venu, comme les meubles dont s'occupe l'article 452.

Il faut très-souvent concéder des termes, et dès lors apprécier la position, l'aptitude, surtout le crédit et la solvabilité de l'acquéreur ; le plus offrant n'est pas cer-

tes toujours, en pareil cas, celui avec lequel il convient de traiter.

Il ne faut pas non plus perdre de temps en formalités; car on sait tout ce qu'une maison de commerce de détail, pour les besoins quotidiens, peut perdre par suite d'une interruption, fût-ce même seulement de quelques jours.

Enfin, ajoutez, en outre, les inconvénients de la publicité, pour la vente d'une maison de commerce, dont il est au contraire de la plus haute importance de ne pas dévoiler les affaires, les relations et l'état général, au point de vue de son crédit et de ses ressources.

Nous ne sommes donc pas non plus, sous ce rapport, dans l'hypothèse ni dans les termes de l'article 452.

Que conclure en présence de ces objections et de ces doutes?

Je conclurais :

Que rigoureusement le traité fait même par le tuteur seul, devrait être maintenu à l'égard du tiers, si ce tiers était de bonne foi; s'il n'y avait pas eu quelque fraude, quelque abus au préjudice du mineur, comme un *pot-de-vin*, par exemple, donné au tuteur, etc.

Que, néanmoins, le tuteur fera très-sagement, dans ce cas non moins que dans celui qui précède, de ne traiter qu'avec l'autorisation du conseil de famille, autorisation sans laquelle le tiers lui-même, au reste, fera toujours très-bien aussi de ne point contracter (Cass., 7 décemb. 1825, Widet, D., 1826, I, 20).

Le Code prussien a prévu cette hypothèse, dans son article 597 :

« Quand une maison de commerce fait partie des biens d'un mineur, la volonté du testateur et l'intérêt

du mineur doivent être consultés pour sa continuation ou sa discontinuation. » (Art. 597.)

Voilà certainement aussi ce qu'il convient de faire chez nous; et pour cela, le tuteur n'a pas de meilleure voie à prendre que de consulter le conseil de famille.

590. — 3° Le père du mineur était un écrivain, un auteur de pièces de théâtre, ou d'ouvrages de médecine ou de jurisprudence, etc.

Il laisse de précieux manuscrits; ou un traité fait par lui avec un éditeur va expirer, et il s'agit de le renouveler.

Est-ce que l'article 452 est alors applicable?

Je ne saurais le croire.

Je reproduis donc ici et même *a fortiori* pour cette hypothèse, la conclusion que je viens de présenter sur celles qui précèdent.

Ajoutons qu'il arrive presque toujours dans ces différents cas, que le tuteur ayant demandé l'avis de la famille, la question se trouve portée devant le tribunal, qui autorise la vente soit de gré à gré, soit avec certaines formalités qu'il prescrit (Duvergier sur Toullier, t. II, n° 1199, note *a*).

591. — 4° Pour ce qui est des rentes sur l'État et des actions de la Banque de France, des dispositions spéciales, postérieures au Code Napoléon, ont levé toute difficulté.

Aux termes de la loi du 24 mars 1806, le tuteur peut faire seul, sans autorisation et sans formalités, le transfert, d'après le cours constaté du jour, des inscriptions de rente cinq pour cent, qui n'excèdent pas cinquante francs (art. 1).

Pour les inscriptions qui excèdent cinquante francs, il faut qu'il obtienne l'autorisation du conseil de famille; mais le transfert, dans ce cas même, a encore lieu, sans aucune autre formalité que le certificat con-

statant le cours des inscriptions au jour de la vente (art. 3; ajout. avis du Conseil d'État des 26 juillet et 8 novembre 1806; Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 302-307).

592. — La loi du 24 mars 1806 doit-elle être appliquée aux inscriptions de la rente trois pour cent, qui a été créée depuis cette époque?

Nous l'avions ainsi pensé d'abord, et que trente francs de rente trois pour cent devaient être considérés, à cet égard, comme équivalant à cinquante francs de rente cinq pour cent.

Telle est aussi la doctrine de Demante, qui enseigne qu'il faut certainement appliquer cette loi aux nouveaux fonds publics, qui ont été ensuite créés au taux de trois, quatre, et quatre et demi pour cent, en ajoutant qu'il faut prendre pour base le chiffre de mille francs en capital, que représentait l'inscription de rente cinq pour cent (t. II, n° 220 *bis*, II).

Nous devons convenir toutefois que M. Valette a présenté, contre cette doctrine, une objection très-grave; notre savant collègue lui reproche d'apprécier l'importance du titre d'après la valeur du capital de la rente; or, au contraire, la loi de 1806 ne s'occupe que du revenu, qui est toujours fixe, tandis que la valeur du capital est soumise à toutes les fluctuations de la Bourse; il en conclut que c'est un revenu permanent et d'une certaine importance que la loi a voulu assurer au mineur, et qu'il faudrait une loi pour établir, au sujet de la tutelle, des différences entre les diverses rentes et fixer un chiffre particulier pour chacune d'elles (*Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 276, 277).

Cette conclusion n'est pas sans doute satisfaisante; et l'assimilation, qui en résulte ici entre les diverses rentes, manque, en effet, de vérité; et pourtant, la loi

du 24 mars 1806, s'étant attachée au chiffre du revenu, la conclusion, qui demande une loi nouvelle en ce qui concerne les rentes nouvellement créées, serait peut-être finalement la plus logique et la plus sûre.

593. — Par un décret du 25 septembre 1813 :

« Les dispositions de la loi du 24 mars 1806, relatives au transfert d'inscriptions de cinq pour cent consolidés, appartenant à des mineurs ou interdits, sont rendues applicables aux mineurs et interdits propriétaires d'actions ou portions d'actions de la Banque de France, toutes les fois qu'ils n'auraient qu'une action ou un droit dans plusieurs actions, n'excédant pas une action entière. » (Art. 1; Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 308).

594. — Les causes et les circonstances qui donnèrent lieu à la loi du 24 mars 1806 et au décret du 25 septembre 1813, sont importantes à signaler.

La question, que nous agitons ici, s'était élevée à la Bourse.

Le tuteur pouvait-il ou ne pouvait-il pas transférer les inscriptions de rente appartenant au mineur?

De là des doutes, et par suite des entraves dans la négociation de ces effets.

Les dispositions législatives de 1806 et de 1813 eurent pour but de lever ces doutes de la Bourse, et de faire disparaître ces entraves (*Moniteur* de 1806, p. 298, 340).

Mais il arriva que le rapporteur, dans l'exposé des motifs de la loi du 24 mars 1806, et le Conseil d'État lui-même, dans son avis du 8 novembre 1806, professèrent une doctrine que nous croyons tout à fait inexacte sur l'article 452 du Code Napoléon.

On considéra que cet article était applicable à tous les meubles du mineur, à ses meubles incorporels comme à ses meubles corporels; et ce fut à titre d'ex-

ception que l'on proposa de ne pas soumettre la vente des inscriptions de rente sur l'État à la nécessité des affiches, des publications et des enchères, fort inutiles, a-t-on dit, pour l'aliénation d'objets qui ont un cours réglé sur la place.

595. — 5°, 6°, 7°. On comprend de suite l'argument, qui a été déduit de ces dispositions législatives et des motifs qui les précèdent, par ceux qui soutiennent que le tuteur ne peut pas aliéner seul :

Les rentes sur particuliers;

Les actions dans les entreprises commerciales et industrielles, des canaux, des chemins de fer, etc.;

Enfin les créances sur particuliers.

Cet argument est nettement formulé dans un arrêt du 28 juin 1843, de la Cour impériale de Douai :

« Considérant qu'en thèse générale, le pouvoir d'administrer ne comprend pas le droit d'aliéner; que par application de ces principes l'article 452, en ordonnant au tuteur de faire vendre tous les meubles autres que ceux dont le conseil de famille aurait autorisé la conservation en nature, dispose que cette vente sera faite en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public et après des affiches et publications, dont le procès-verbal de vente fera mention; que restreindre cette disposition à la vente des meubles corporels, c'est méconnaître la volonté du législateur clairement manifestée dans l'exposé des motifs de la loi du 24 mars 1806; que cette loi, et plus tard, le décret du 5 septembre 1813, en simplifiant les formalités à remplir par le tuteur, pour la vente des rentes sur l'État et des actions de la Banque de France, ont laissé subsister celles que l'article 452 prescrit indéfiniment pour la vente de tous les meubles du mineur; que même les dispositions de cet article s'appliquent à la vente des rentes ou créances sur des par-

ticuliers, et d'actions ou intérêts dans les compagnies de finance et d'industrie, à bien plus forte raison qu'à la vente d'un mobilier improductif et sujet à dépérissement;... que toute vente faite sans l'accomplissement de ces formalités,... non-seulement engage la responsabilité du tuteur, mais peut être déclarée nulle vis-à-vis des tiers.... » (Freinaux, Dev., 1842, II, 586.)

Ainsi, d'après cette théorie, l'article 452 est applicable à tous les biens meubles sans distinction, corporels ou incorporels.

Cela résulte, dit-on, de l'exposé des motifs de la loi du 24 mars 1806, qui a permis exceptionnellement de vendre, sans qu'il soit besoin d'affiches et de publications, certains meubles incorporels, parce que le cours en étant coté publiquement, la vente ne doit jamais avoir lieu qu'au cours du jour, et que des enchères sont alors inutiles ou plutôt même impossibles.

Et de là on conclut :

1° Que la loi du 24 mars 1806 doit être appliquée, par voie d'analogie, à toutes les actions qui ont un cours public; aux actions des canaux, des chemins de fer, etc.;

2° Qu'au contraire, la règle posée par l'article 452 conserve son empire, en ce qui concerne les autres meubles incorporels.

Les créances donc, dit-on, ne peuvent être vendues qu'aux enchères, devant un officier public, après affiches et publications préalables.

Quant aux rentes sur particuliers, on doit suivre les formes spéciales tracées par le Code de procédure pour la vente forcée de ces sortes de rentes (art. 643 et suiv.). On doit les suivre d'autant plus certainement, que les formes imposées au tuteur pour la vente des meubles et des immeubles (art. 452, 457), sont précisément celles qui sont exigées pour la vente forcée

des biens d'un débiteur, lorsqu'ils sont saisis à la requête de ses créanciers (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, art. 452, nos 653, 654; Proudhon, *de l'État des personnes*, t. II, p. 378, et *du Domaine privé*, t. I, n° 236; Duranton, t. III, n° 555; Magnin, t. I, n° 665; comp. aussi Coin-Delisle, *Revue critique de Législation*, etc., 1859, p. 303 et suiv.).

596. — Mais faudra-t-il que le tuteur obtienne, dans ce dernier cas, l'autorisation du conseil de famille, suivant la distinction qui résulte de la loi du 24 mars 1806?

Sur ce point, les partisans du systeme que j'expose en ce moment, se divisent :

Les uns pensent que jamais l'autorisation du conseil de famille ne doit être exigée, parce que l'article 452 ne l'exige pas, et que la loi du 24 mars 1806 ne l'exige que pour la vente des rentes sur l'État;

Les autres veulent, au contraire, que cette autorisation soit toujours exigée, même pour les rentes sur particuliers au-dessous de cinquante francs, attendu que la loi du 24 mars 1806 ne dispense de cette autorisation que la vente des rentes sur l'État qui sont au-dessous de cette somme;

D'autres enfin, appliquent aux rentes sur particuliers la distinction faite par la loi de 1806, et n'exigent l'autorisation du conseil de famille que pour la rente au-dessus de cinquante francs (comp. les auteurs précités et ajout. de Fréminville, t. I, n° 235; *Encyclop. des juges de paix*, t. V, v° *Tutelle*, sect. VII, § 2, art. 2, n° XIII).

597. — En ce qui me concerne, je pense que ni l'article 452 du Code Napoléon, ni la loi du 24 mars 1806 ne sont applicables aux rentes ou aux créances sur particuliers ni aux actions des canaux ou chemins de fer qui peuvent appartenir au mineur.

Que l'article 452 ne s'applique pas aux meubles incorporels, c'est là un point que nous avons déjà démontré (*supra*, n° 572).

Le Code Napoléon, qui a ordonné la vente des meubles corporels, a supposé au contraire que l'on conserverait les meubles incorporels du mineur, ses rentes, ses créances.

Il n'a pas défendu sans doute de vendre cette dernière espèce de meubles; mais la vérité est qu'il n'a pas prévu l'hypothèse de cette vente et qu'il ne s'en est pas occupé.

Dans le Code Napoléon donc, aucun texte n'est relatif à la vente des biens incorporels du mineur :

Ni l'article 452, qui ne s'occupe que de la vente des meubles corporels;

Ni l'article 457, qui ne s'occupe que de la vente des immeubles.

En cet état, et d'après le Code Napoléon (sans parler encore de la loi du 24 mars 1806, à laquelle nous allons arriver), d'après le Code Napoléon, disons-nous, la vente des meubles incorporels du mineur peut-elle être faite?

Et, en cas d'affirmative, par qui et comment?

Qu'elle puisse être faite, il le faut bien vraiment! et il n'aurait pas été moins déraisonnable de la défendre absolument que de l'ordonner dans tous les cas. Il est des circonstances, où l'intérêt du mineur peut exiger cette vente; et, si elle n'est pas nécessaire, il faut du moins qu'elle ne soit pas impossible. Je ne puis pas croire que M. de Fréminville, en disant : *qu'il ne saurait être permis de vendre les créances actives*, n'ait pas employé une formule plus absolue que sa pensée (t. I, n° 231).

Mais par qui et comment, d'après le Code Napoléon, doit se faire cette vente?

Silence absolu des textes sur ce fait particulier de gestion.

Appliquerez-vous, par analogie, l'article 452?

Vous aurez alors des affiches, des enchères; mais vous n'aurez pas l'autorisation du conseil de famille.

Appliquerez-vous l'article 457?

Alors il vous faudra, non-seulement l'autorisation du conseil de famille, mais l'homologation du tribunal.

Ne soumettrez-vous enfin le tuteur qu'à la nécessité d'obtenir l'autorisation du conseil de famille?

Cela pourra être raisonnable, et fondé même sur certaines analogies; mais cela sera finalement une solution arbitraire et en dehors des textes de la loi.

Eh bien! voilà précisément ce qui me fait croire que la solution encore la plus juridique, au milieu de ces objections et de ces doutes, est celle qui, voyant dans le tuteur le représentant général du patrimoine pupillaire, le regarde comme capable de faire seul et sans formalités, à l'égard des tiers, les actes pour lesquels la loi, en effet, n'a pas exigé de conditions ni de formalités.

On objecte que le tuteur est seulement chargé d'*administrer* les biens du mineur, et que ce n'est que dans les limites de ce mandat d'administrateur, qu'il le représente dans tous les actes civils (art. 450).

Le mandat du tuteur me paraît au contraire plus général.

Le droit romain l'avait dit : « Tutor, qui tutelam « gerit, quantum ad providentiam pupillarem, domini « loco habetur. » (L. 27, ff. *de Administ. tut.*)

Et de là aussi cette maxime de notre ancienne jurisprudence : que *le fait du tuteur est celui du mineur* (Pothier, *des Personnes*, part. I, t. VI, art. 111, § 11). D'où l'ancien Denizart concluait « que le tuteur étant mis par les lois à la place du maître, doit avoir autant

de pouvoir que lui. » (T. IV, v° *Tuteur*, n° 75.) Et Meslé remarquait à son tour « qu'originairement les tuteurs avaient tout pouvoir pour la vente des biens des mineurs.... » (*Des Minorités*, part. I, chap. VIII, n° 17.)

Telles sont les traditions; telle est la filiation historique du pouvoir tutélaire.

L'*administration* qui est dévolue au tuteur dans l'origine, c'est l'administration la plus générale et la plus complète, c'est l'administration du maître qui le met, en effet, *loco domini*, capable d'aliéner même les immeubles.

Cette administration, il est vrai, reçoit ensuite des restrictions; d'abord dans le droit romain (comp. Digeste, tit. *de Rebus eorum qui sub tutela*; Code, tit. *de Prœdiis minorum sine decreto alienandis*; et tit. *de Administ. tut.*, L. 22); puis, dans notre ancien droit (Meslé, Denizart, Pothier, *loc. sup. cit.*); et enfin dans le Code Napoléon.

Il est vrai aussi qu'on introduisit encore plus tard, au profit du mineur, l'action en rescision pour cause de lésion contre les actes passés par son tuteur.

Mais cette action elle-même, sur laquelle nous nous expliquerons bientôt (*infra*, n°s 812 et suiv.) n'atteste que de plus en plus l'étendue primitive du pouvoir tutélaire, étendue trop grande sans doute, et qui a elle-même engendré, par une sorte de réaction et de correctif, l'action en rescision pour cause de lésion.

Mais ces restrictions successives ont toujours laissé debout la base même du pouvoir tutélaire; et le tuteur est toujours demeuré le représentant général du mineur, habile à faire seul, en cette qualité, à l'égard des tiers, tous les actes, pour lesquels une disposition spéciale n'a pas modifié ses pouvoirs.

Tel est, selon nous, encore aujourd'hui le caractère

des pouvoirs du tuteur; tel est le sens du mot : *administrer*, dans l'article 450; c'est-à-dire faire tous les actes qui concernent la gestion du patrimoine du mineur, et les faire seul, lorsqu'aucun texte n'exige l'accomplissement de quelque condition ou formalité.

Et ce qui prouve que ce mot *administrer*, n'est pas ici restrictif, c'est qu'évidemment, dans la pensée de la loi, il comprend toute la gestion tutélaire (*voy.* l'intitulé de la section VIII); c'est qu'il s'applique aux actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ou l'homologation du tribunal, aussi bien qu'aux actes qu'il peut faire seul. Le mot *administrer*, dans l'article 450, n'a pas en effet pour but de distinguer, parmi ces actes, ceux que le tuteur a qualité pour faire seul. L'article 450 exprime seulement la mission générale du tuteur, mission qui consiste à représenter le mineur et à *administrer la tutelle*.

On peut penser sans doute que ce pouvoir est trop grand; on peut regretter que précisément, en ce qui concerne la fortune mobilière du mineur, le Code Napoléon ne l'ait pas assez réglementé et limité; qu'il n'ait point, par exemple, exigé quelque garantie pour la réception des capitaux dus au mineur, comme aussi qu'il ait laissé au tuteur la faculté de vendre seul ses rentes et ses créances; on peut même trouver en cela peu d'harmonie dans ses dispositions, et lui faire un reproche d'avoir accordé ce pouvoir au tuteur relativement aux meubles incorporels, lorsqu'il soumettait à certaines formalités la vente des meubles corporels.

Mais ces regrets, mais ces analogies ne suffiraient pas, nous le croyons, pour justifier la thèse qui prétend déclarer nulle, à l'égard des tiers, la vente des meubles incorporels faite par le tuteur; cette vente, qu'en vertu de son mandat général, il a le droit de faire; qu'aucune

disposition particulière n'a soumise à des conditions ou formalités quelconques; et qu'on ne pourrait dès lors y soumettre, sous peine de nullité, que par une solution arbitraire, et si arbitraire en effet, que nous venons de voir que ceux-là mêmes qui la proposent, ne s'entendent pas sur le point de savoir à quelles conditions cette vente devrait être en effet soumise, sous peine de nullité.

Voilà pour le Code Napoléon. Je crois avoir établi que d'après ce Code, le tuteur peut vendre seul, à l'égard des tiers, les meubles incorporels du mineur.

Maintenant la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813, ont-ils pu avoir pour résultat de changer, de tous points, à cet égard les dispositions du Code Napoléon, et de faire, par exemple, que le transport d'une rente sur particuliers, consenti par le tuteur seul et qui, de l'aveu même des partisans de la doctrine que je combats, aurait *peut-être été inattaquable,* d'après le Code Napoléon (Duranton, t. III, n° 555), puisse être aujourd'hui annulé à l'égard des tiers ?

Je ne le crois pas :

1° Parce que le texte même de ces actes législatifs ne s'applique qu'aux rentes sur l'État et aux actions de la Banque ;

2° Parce que s'il est vrai que l'exposé des motifs suppose que le Code Napoléon soumet le tuteur à des formalités et à des conditions pour la vente des meubles incorporels, nous avons démontré que c'est là une supposition inexacte, et dont l'effet, dès lors, ne saurait être étendu, par voie d'analogie, de manière à déclarer nul à l'égard des tiers, un acte qu'aucun texte n'enlève au tuteur le droit de faire.

Voilà pourquoi je pense qu'on ne pourrait pas annuler, à l'égard des tiers, le transport consenti par le

tuteur seul et de gré à gré, des rentes sur particuliers au-dessous ou au-dessus de cinquante francs, des créances ou des actions de canaux ou de chemins de fer appartenant au mineur (comp. Paris, 18 février 1826, Bégué, D., 1828, II, 139; Nîmes, 15 déc. 1853, Conduzorgues, Dev., 1854, II, 332; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 412, 413; Massé et Vergé, t. I, p. 435; Chardon, t. III, *de la Puiss. tutél.*, nos 473-476; Valette sur Proudhon, t. II, p. 379; et *Explicat. somm. du Liv. I du Code Napol.*, p. 278 et suiv.; Taulier, t. I, p. 62; Marcadé, t. II, art. 459, n° 2; Demante, t. II, n° 220 *bis*, II-IV).

Et à ce propos, nous pouvons rappeler que d'après une jurisprudence aujourd'hui constante, le mari, sous le régime dotal, peut transporter seul les créances, même à terme, qui lui ont été apportées en dot par sa femme (art. 1549; Cass., 12 août 1846, Lasserre, Dev., 1846, I, 602; Cass., 29 août 1848, Tardieu, Dev., 1848, I, 721; Paris, 18 déc. 1849, de La Briffe; Caen, 13 juillet 1848, Cahagne; et Bordeaux, 26 mai 1849, Hardel, Dev., 1850, II, 97, 102).

598. — Le danger de cette doctrine n'est pas d'ailleurs aussi grand qu'il pourrait d'abord le paraître.

S'il s'agit en effet d'une créance actuellement échue, le tuteur pourrait la recevoir; et on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas la transporter.

S'il s'agit d'une créance à terme, et que le tuteur la vende, sans réduction et pour le montant même de sa valeur nominale, il n'y a pas encore d'inconvénient.

Et même la doctrine, qui dispense alors le tuteur de recourir à l'autorisation de la famille, aux affiches et aux enchères, cette doctrine pourrait avoir l'avantage d'éviter des lenteurs et une publicité compromettantes, dans le cas par exemple où le tuteur, averti du mauvais état des affaires du débiteur, ne vendrait

la créance que pour la sauver d'un désastre imminent et encore ignoré du public.

Que si le tuteur vendait une rente, une créance ou une action quelconque à un prix inférieur à sa valeur nominale, de deux choses l'une :

Ou la créance, la rente, etc., vendue, serait litigieuse ou sujette à litige; et alors le traité par lequel le tuteur l'aurait transmise à un prix réduit, aurait véritablement les caractères d'une transaction, c'est-à-dire d'un contrat qu'il ne peut pas faire seul (art. 467); il aurait, dis-je, ce caractère, bien qu'il ne fût pas consenti avec le débiteur lui-même; car nous ne pouvons pas admettre que le tuteur puisse faire indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement; et le tiers, qui aurait traité ainsi avec lui, s'exposerait dès lors à une action en nullité.

« Tutoribus concessum est a debitoribus pupilli « pecuniam exigere, non etiam donare, *vel diminuendi « causa cum iis transigere....* » (L. 46, § 7, ff. *de Administ. tut.*)

Ou la créance, cédée à un prix réduit, ne serait pas litigieuse; et alors aussi le tiers serait exposé à cette objection que le tuteur ne peut pas consentir de remise au débiteur, ni faire des avantages à autrui aux dépens des biens du mineur.

« Tutor domini loco habetur, quum rem adminis« trat, non quum pupillum spoliat.... » (L. 7, § 3, ff. *pro Emptore.*)

L'opération ne serait donc licite qu'autant qu'elle constituerait sincèrement un transport, et que le sacrifice d'une partie du capital n'ayant été consenti par le tuteur que pour sauver le reste, constituerait ainsi, de sa part, un acte d'utile gestion.

Mais on conçoit que les tiers ne voudront pas facilement s'exposer à de telles chances, et qu'ils deman-

deront presque toujours, en pareil cas, la garantie d'une délibération du conseil de famille.

Si enfin vous supposiez que c'est en payement de sa dette personnelle que le tuteur a cédé à son propre créancier une créance du mineur, le tiers devra alors aussi craindre cette objection, que le tuteur n'est plus dans son droit, *quum pupillum spoliat*, surtout si la créance du mineur était à terme, bien garantie et productive de bons intérêts. Car, encore une fois, si le tuteur représente le mineur, c'est pour gérer et conserver sa fortune, et non pour la perdre et pour se l'approprier.

Et le tiers qui participe à un acte dans lequel le tuteur, en effet, méconnaît à ce point le caractère de son mandat et son devoir, s'expose ainsi volontairement lui-même à voir annuler cet acte contre lui (Toulouse, 14 juillet 1831, Dubos, D., 1832, II, 44).

Non-seulement donc la responsabilité personnelle du tuteur serait plus sérieusement engagée dans ces différents cas, plus ou moins suspects, où il aurait dépassé les limites de ses pouvoirs; où, sous l'apparence d'un transport de créance qui lui est permis, il aurait fait une transaction ou une remise qui lui sont défendues;

Mais encore les tiers eux-mêmes seraient, par suite, exposés à ce qu'on examinât de très-près, à leur égard, le vrai caractère de l'opération, et à ce qu'elle fût déclarée nulle.

D'où il suit que ces sortes de traités ne sont pas d'une solidité parfaite, lorsque c'est le tuteur seul qui les consent, et que les tiers feront très-bien de demander qu'il obtienne une autorisation du conseil de famille.

J'aime mieux cette conclusion, qui, en fait, se rapprochera souvent, j'en conviens, de celle de la doctrine que j'ai combattue.

Mais je l'aime mieux parce qu'elle est, selon moi, plus juridique et plus conforme à la théorie du Code Napoléon.

D. — *Règlement des dépenses ou plus généralement du budget de la tutelle.*

SOMMAIRE.

599. — Le règlement, que le tuteur doit demander au conseil de famille lors de l'ouverture de la tutelle, peut avoir quatre objets :

600. — 1° Le conseil doit régler, par aperçu, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur. — Conséquence.

601. — Ce règlement dépend de circonstances toutes relatives et personnelles. — En général, il convient de n'employer à cette dépense que les revenus et même seulement une partie des revenus du mineur. — Pourrait-on néanmoins y employer un capital? et faudrait-il, dans ce dernier cas, que l'autorisation du conseil de famille fût homologuée par le tribunal?

602. — Cette allocation est d'ailleurs variable, susceptible de diminution ou d'augmentation. — Le tuteur doit revenir, à cet effet, devant le conseil de famille. — *Quid*, si le tuteur avait, sans autorisation, dépassé la somme allouée par le conseil?

603. — *Quid*, s'il n'avait pas du tout demandé de règlement?

604. — Le règlement arrêté par le conseil de famille dispense-t-il le tuteur de justifier de l'emploi de la somme qui lui a été allouée?

605. — 2° Le conseil de famille doit déterminer le montant des frais de la gestion du patrimoine du mineur. — Conséquence.

606. — Ce règlement est également susceptible de modification. — Renvoi.

607. — Le conseil de famille spécifie, par le même acte, si le tuteur sera autorisé à s'aider d'un ou de plusieurs administrateurs. — Et il vote, à cet effet, s'il y a lieu, la somme nécessaire. — Par qui ces administrateurs sont-ils nommés?

608. — Faut-il conclure de l'article 454 que le tuteur ne pourrait pas, sans y être autorisé par le conseil de famille, donner un mandat à un tiers, soit pour faire un ou plusieurs actes de la tutelle, soit même pour gérer tels ou tels biens appartenant au mineur?

609. — Suite. — *Quid*, si la procuration donnée par le tuteur était générale?

610. — Le tuteur a-t-il droit à une rémunération, à des honoraires? — Le conseil de famille peut-il au moins lui en accorder?

611. — 3° Le conseil de famille doit déterminer positivement la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense. — Réflexion.

612. — Suite.
613. — Le tuteur doit faire emploi, dans le délai de six mois, de la somme qui a été déterminée par le conseil de famille. — *Quid*, s'il l'a employée avant les six mois?
614. — *Quid*, s'il ne l'a pas, au contraire, employée dans les six mois?
615. — Suite.
616. — Suite. — *Quid*, si le tuteur lui-même était débiteur personnellement de la somme non employée?
617. — *Quid*, si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle devra commencer l'emploi?
618. — Que faut-il décider, à l'égard des sommes trouvées dans la succession et du prix provenant de la vente des meubles?
619. — Même question, à l'égard des capitaux provenant des remboursements de dettes ou de rentes faits pendant le cours de la tutelle.
620. — *Quid*, si le tuteur avait négligé d'exiger le payement des sommes dues au mineur?
621. — *Quid*, si le tuteur avait perçu les fruits d'un domaine indivis entre lui et le mineur?
622. — Des conditions et du mode d'emploi des capitaux du mineur. — Renvoi.
623. — 4° Le conseil de famille peut décider que le tuteur sera tenu de remettre au subrogé tuteur des états de situation. — A quelles époques? — Combien? — En quelle forme?
624. — Le conseil de famille pourrait-il, en outre, exiger un état de situation, eu égard à une affaire spéciale soumise à sa délibération? — Le père ou la mère tuteur ne pourrait-il pas même être astreint à fournir cet état?
625. — Le tuteur est-il obligé de tenir un livre de compte ou livre journal?
626. — Les dispositions des articles 454, 455, 456 et 470 sont-elles applicables à la tutelle des père et mère?
627. — Suite. — Exposition des opinions diverses, qui partagent les auteurs.
628. — Suite.
629. — Suite. — Conclusion.
630. — *Quid*, en ce qui concerne la mère survivante, remariée et maintenue dans la tutelle?
631. — *Quid*, en ce qui concerne la mère non remariée, et même le père, si l'un ou l'autre, après avoir été d'abord excusé de la tutelle légale, était ensuite nommé tuteur par le conseil de famille?
632. — *Quid*, dans le cas où le père ou la mère survivant ne serait pas tuteur? — Le conseil de famille devrait-il, même dans ce cas, déterminer le montant de la dépense annuelle du mineur?

599. — Le législateur a cru avec raison qu'il

serait convenable et dans l'intérêt du mineur, qu'à l'ouverture de la tutelle, le conseil de famille traçât en quelque sorte au tuteur une règle générale de conduite dans l'administration qu'il va entreprendre.

Le règlement que le tuteur doit lui demander à cet effet, a pour but de déterminer les points suivants :

1° La somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur (art. 454);

2° La somme nécessaire pour l'administration de ses biens (art. 454);

3° L'époque à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation de faire emploi de l'excédant des revenus sur les dépenses (art. 455, 456);

4° Les époques auxquelles le tuteur sera tenu de remettre des états de situation, si le conseil juge à propos de lui en demander (art. 470).

Quelques mots sur les quatre objets de ce règlement.

Nous verrons ensuite si les père et mère tuteurs y sont eux-mêmes soumis en tout ou en partie (*infra*, n° 626).

600. — 1° Le conseil de famille doit régler la somme que le tuteur sera autorisé à dépenser pour la personne du mineur, pour sa nourriture, son entretien, son instruction; en un mot, pour son éducation physique et morale.

Et c'est de là que nous avons conclu que le conseil avait, en vertu de cet article 454, un pouvoir indirect, mais très-réel, de direction sur la personne même du mineur et sur le genre d'éducation qu'il convient de lui donner (*supra*, n° 535). Car il est évident qu'il ne votera des fonds pour cet objet qu'en raison même de l'emploi qu'il croira utile d'en faire, et après avoir entendu et approuvé les projets du tuteur à cet égard.

601. — Ce règlement dépend, bien entendu, de la fortune et de la position du mineur, *ex persona*, *ex*

conditione, ex tempore.... pro modo facultatum.... (L. 1, § 1 ; L. 2, § 1, ff. *ubi Pupill.*)

En général, il convient de n'employer à cette dépense que les revenus et même seulement, autant que possible, une partie des revenus du mineur (L. 3, § 1, ff. *ubi Pupillus; voy.* aussi un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 21 mars 1699, dans l'ancien Denizart, v° *Tuteur,* n° 62).

Pourtant, si les revenus ne suffisaient pas; si le mineur était destiné à recueillir un jour une fortune considérable, et qu'il convînt de le préparer, par une éducation brillante, à la position qu'il devrait occuper plus tard; ou encore s'il fallait, pour lui faire apprendre un état, une profession quelconque, y consacrer une partie de son capital, fût-ce même tout son capital, dans le cas, par exemple, où son avoir ne consisterait que dans une faible somme; cette résolution ne dépasserait pas les pouvoirs du conseil de famille, que la loi charge, en cette occasion, de décider en quelque sorte paternellement ce qui est le plus utile au mineur.

Pothier l'enseignait formellement ainsi (*des Personnes,* part. I, tit. VI, art. 4; *voy.* aussi notre tome IV, n° 14); et on a précisément retranché, dans cette intention, du projet du Code Napoléon, une disposition qui déclarait, d'une manière trop absolue, que les dépenses du mineur ne devaient pas excéder ses revenus.

Je ne pense même pas que la délibération du conseil de famille sur ce sujet, dût être soumise à l'homologation du tribunal (*infra*, n° 650), à moins qu'il ne votât l'aliénation ou l'hypothèque d'un immeuble, ou un emprunt (art. 457); ce qui ne se réaliserait pas dans l'hypothèse où nous supposons que le conseil de famille décide qu'une somme ou un capital appartenant au mineur sera employé aux dépenses de son éducation.

L'homologation du tribunal n'est requise que dans les cas où la loi l'a exigée; or, aucun texte ne l'exige dans cette circonstance : ni l'article 454, qui est ici applicable; ni l'article 457, qui n'est pas applicable (Duranton, t. III, n° 559).

Delvincourt est toutefois d'un sentiment contraire (t. I, p. 118, note 5).

602. — Cette allocation, d'ailleurs, n'a rien d'invariable, et elle est susceptible d'augmentation ou de diminution pendant le cours de la tutelle : comme si, par exemple, la fortune du mineur augmente ou diminue, ou s'il est atteint de quelque maladie qui exige une dépense extraordinaire, etc. (L. 3, § 6, ff. *ubi Pupillus*).

C'est le devoir du tuteur de revenir devant le conseil de famille pour demander, lorsqu'il y a lieu, l'augmentation ou même la réduction du crédit d'abord accordé à cet effet.

Il ne doit pas, de sa seule autorité, dépasser ce crédit, du moins d'une manière sensible; car il ne faut pas oublier non plus que ce n'est que par *aperçu* que la somme a pu être réglée par le conseil de famille.

Que si le tuteur avait dépensé une somme notablement supérieure, il pourrait en être déclaré responsable, si, en effet, il y avait eu excès.

Mais pourtant si l'excédant avait été sagement et utilement employé, le tuteur obtiendrait certainement un *bill d'indemnité*; et il n'y aurait même aucun reproche à lui faire pour n'avoir pas consulté le conseil de famille, s'il avait été forcé par quelque circonstance urgente et impérieuse, comme, par exemple, une maladie du mineur, de dépasser le crédit.

603. — Le tuteur qui n'aurait pas demandé du tout de règlement au conseil de famille, n'en pourrait pas

moins, bien entendu, porter à son compte les sommes qu'il justifierait avoir employées à l'entretien et à l'éducation du mineur (art. 471).

Mais il ne faudrait pas poser en principe, ainsi que l'a fait la Cour de Douai, que le tuteur *n'a point à provoquer du conseil de famille la détermination dont parle l'article* 454, lorsque les revenus des mineurs sont très-minimes (5 juin 1846, Citerne, Dev., 1848, II, 233).

Les articles 454, 456 ne font aucune distinction, et c'est toujours le devoir du tuteur de s'y conformer.

S'il ne le faisait pas, il serait soumis à un contrôle beaucoup plus sévère.

Le subrogé tuteur devrait même, en pareil cas, requérir la convocation du conseil de famille; et chacun des membres de ce conseil pourrait aussi éveiller la sollicitude de l'assemblée sur ce point, et provoquer son initiative.

604. — Ce n'est pas que le règlement arrêté par le conseil de famille dispense le tuteur de justifier de l'emploi de la somme qui lui a été allouée (comp. art. 454, 471).

Seulement, on comprend que cette justification doit être alors plus simple et plus facile.

Il se pourrait même que le tuteur en fût tout à fait dispensé : si, par exemple, le conseil de famille avait traité avec lui en quelque sorte *à forfait*, et l'avait chargé de pourvoir à l'entretien et à l'éducation du mineur moyennant une somme fixe et déterminée, comme cela se pratique quand le tuteur prend le mineur en pension chez lui, et dans d'autres cas encore.

605. — 2° Le conseil de famille doit également déterminer le montant des frais de la gestion du patrimoine (art. 454).

L'importance des biens régis, la nature, le mode d'exploitation, l'état de ces biens, la nécessité plus ou

moins actuelle de réparations ou de reconstructions, tels doivent être les éléments principaux de cette appréciation.

De là nous pouvons aussi conclure que le conseil de famille a un pouvoir très-réel aussi, quoique indirect, sur la conduite générale de l'administration tutélaire (*supra*, n° 600).

C'est lui, par exemple, qui décidera, par son vote, si telle réparation ou telle reconstruction sera faite, ou s'il ne conviendrait pas mieux d'abattre tout à fait un édifice, qui coûterait plus à réparer et surtout à reconstruire, qu'il ne vaudrait ensuite.

606. — Il faut d'ailleurs appliquer ici tout ce que nous venons de dire sur le règlement, presque de tous points semblable, par lequel le conseil de famille détermine le montant de la dépense annuelle du mineur.

Ce second règlement est donc aussi variable, susceptible d'augmentation ou de diminution; et le tuteur devrait en référer, préalablement, au conseil, s'il y avait lieu de solliciter, comme on dit, un crédit supplémentaire, à moins qu'une réparation urgente ne l'obligeât immédiatement à un excédant de dépense, etc. (*supra*, nos 602-604).

607. — C'est par le même acte, dit l'article 454, que le conseil de famille spécifiera si le tuteur est autorisé à s'aider, dans sa gestion, d'un ou de plusieurs administrateurs particuliers, salariés, et gérant sous sa responsabilité.

Il se peut, en effet, que les biens du mineur soient considérables et très-dispersés; ou encore qu'il possède quelque établissement agricole, commercial, ou industriel, et que le tuteur n'ait ni le temps, ni même les connaissances nécessaires pour le diriger; et alors cette mesure est tout à la fois équitable pour le tuteur et avantageuse pour le mineur lui-même.

Notons bien toutefois qu'il ne s'agit pas ici de nommer un ou plusieurs *protuteurs*, comme dans le cas de l'article 417.

Le conseil de famille autorise seulement le tuteur à s'aider d'un ou plusieurs gérants ou administrateurs; et il vote, à cet effet, la somme qu'il croit nécessaire.

Mais l'administrateur n'est que le mandataire du tuteur, et il gère, dit l'article 454, sous la responsabilité de celui-ci.

D'où il suit que c'est le tuteur qui a seul le droit de le choisir et de le révoquer.

608. — Faut-il conclure de l'article 454 que le tuteur ne pourrait pas, sans y être autorisé par le conseil de famille, donner un mandat à un tiers, soit pour faire un ou plusieurs actes relatifs à la tutelle, soit même pour gérer tels ou tels biens appartenant au mineur?

Cette conclusion ne me paraîtrait pas exacte.

Si l'article 454 exige, dans le cas par lui prévu, l'autorisation du conseil de famille, c'est afin que les administrateurs, dont le tuteur s'aidera, puissent être salariés aux dépens du mineur. Mais il n'en résulte pas que si le tuteur ne fait à cet égard aucune demande spéciale de crédit, il ne puisse pas donner une procuration relative aux affaires de la tutelle.

C'est une question, je le sais, depuis longtemps et encore aujourd'hui fort débattue, que celle de savoir si le mandataire ne peut exécuter son mandat par délégation ou substitution qu'autant qu'il y a été autorisé. Le moment viendra de nous en expliquer plus tard. Mais dès à présent, je déclare, en ce qui me concerne, que l'article 1994 du Code Napoléon me paraît avoir résolu les anciennes controverses, en ce sens que c'est à ses risques et périls que le mandataire se substitue

quelqu'un; que sa responsabilité y est engagée plus ou moins rigoureusement, suivant l'objet du mandat, et toutes les autres circonstances; que c'est là en conséquence une question de fait et d'interprétation; et que dès lors on ne doit pas poser comme règle absolue, que le mandataire ne peut pas, ne peut jamais se substituer quelqu'un, s'il n'y a pas été autorisé (Pothier, *du Mandat*, n° 99).

Le tuteur peut donc choisir un mandataire, s'il n'en est pas d'ailleurs empêché soit par un texte, soit par quelque raison particulière à ses fonctions.

Or, d'une part, M. de Fréminville, qui professe le sentiment contraire (t. I, n° 201), n'invoque aucun texte; et nous croyons en effet qu'il n'en existe aucun.

D'autre part, nous n'apercevons pas non plus de motif assez grave pour justifier cette doctrine; il nous semble au contraire qu'il sera souvent utile et désirable que le tuteur, qui est un mandataire général, chargé peut-être de beaucoup d'affaires et de beaucoup de détails qui n'exigent pas qu'il s'en occupe lui-même, en personne, puisse se faire représenter par un fondé de pouvoirs; et que cette faculté doit lui appartenir pour le moins autant qu'aux membres du conseil de famille (art. 412).

Où sont d'ailleurs les inconvénients de cette faculté?

Le tuteur, bien entendu, demeure toujours responsable (art. 1994); et enfin le subrogé tuteur est là pour signaler l'abus au conseil de famille, si en effet, il y avait quelque abus et quelque danger pour le mineur (Caen, 30 déc. 1843, Fenet, *Rec. de Caen*, t. VII, p. 67; *voy.* aussi *supra*, n° 555).

609. — Le tuteur ne pourrait-il même pas donner à un tiers le mandat général d'administrer en son nom et sous sa responsabilité, la tutelle elle-même, toutes les affaires de la tutelle?

Ceci est beaucoup plus grave.

On peut dire encore, il est vrai, qu'aucun texte ne s'y oppose; que des circonstances particulières et accidentelles pourraient expliquer et justifier un tel mandat; et qu'enfin le tuteur mandant demeure toujours responsable des actes du mandataire, contre lequel le mineur pourrait même agir directement (art. 1994; *supra*, n° 136, p. 179).

Remarquons pourtant que la tutelle est une charge personnelle (art. 419), et que certainement le tuteur ne peut pas la résigner ni s'en démettre dans les mains d'un autre. Si donc il arrivait (comme nous en avons vu l'exemple) que la procuration fût telle, si absolue, si illimitée pour sa durée, qu'elle ne fût, en réalité, que la substitution d'un tuteur à un autre, et l'abdication par le tuteur de son mandat personnel, nous croyons qu'elle ne serait pas juridiquement valable, et que les conséquences d'un tel acte pourraient, suivant les cas, et eu égard aux circonstances, rejaillir : sur le tuteur mandant, sur le mandataire et sur les tiers qui auraient traité avec celui-ci :

Sur le tuteur lui-même, qui non-seulement serait, bien entendu, responsable des actes du mandant (Cass., 14 janvier 1835, Albert, D., 1835, I, 88), mais qui pourrait encourir la destitution (art. 444);

Sur le mandataire, qui deviendrait responsable, en son propre nom, directement et personnellement envers le mineur, non pas seulement comme mandataire, mais comme ayant géré lui-même la tutelle en qualité de tuteur de fait, *pro tutore*, sous le prête-nom du tuteur de droit (arg. de l'article 395; comp. Rouen, 27 avril 1817, Cardon, D., 1817, II, 108; Caen, 1re chambre, 17 mars 1813, Dela; Caen, 30 mars 1844, Daragon, *Rec. des arrêts de Caen,* 1844, p. 297);

Enfin sur les tiers, qui auraient contracté avec celui qui avait reçu un tel mandat, s'il arrivait que les contrats fussent préjudiciables au mineur.

L'arrêt de la Cour de Rouen, du 27 avril 1817, que nous venons de citer, supposerait la validité d'une procuration, et même d'une procuration générale qui serait donnée par le tuteur au subrogé tuteur; et à cet égard, nous ne saurions en adopter la doctrine (*supra*, nº 374).

610. — La tutelle est une charge gratuite, comme l'est en général le mandat (art. 1986), et le tuteur n'a droit à aucun honoraire, à aucune rémunération.

Il est vrai qu'autrefois on accordait une sorte de salaire au tuteur pauvre, d'après la maxime : « nemini « officium suum damnosum esse debet. » (L. 7, ff. *Testam. quemad. aper.*) On décidait, par exemple, qu'il pourrait prendre sa nourriture et son entretien sur les biens du pupille (Julien, *Élém. de jurisprudence,* liv. III, tit. VI, nº 13).

Mais Ferrières lui-même, en rapportant les arrêts et les auteurs sur lesquels cette doctrine était fondée, ajoutait qu'elle *ouvre la porte à des inconvénients considérables,* et que le mieux serait d'excuser le tuteur, qui a besoin de son temps et de son industrie pour vivre (*des Tutelles*, part. III, sect. IV, nºs CXXX et suiv.).

Il est vrai aussi que le Code prussien décide que « le tuteur peut demander une rémunération, lorsque la tutelle lui absorbe beaucoup de temps ou lorsqu'il doit faire des voyages dans l'intérêt du mineur; ces honoraires doivent être réglés par les cours supérieures.... » (Art. 248; Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance*, etc.)

Mais précisément le Code Napoléon ne renferme aucune disposition semblable; et loin de déroger à la règle générale que le mandat est gratuit (art. 1986),

il la confirme même en déclarant que la tutelle est une *charge* (art. 419), et qu'on doit seulement allouer au tuteur ses dépenses suffisamment justifiées (art. 71).

Notre article 454 garde également le silence sur cette question d'honoraires; et pourtant c'était bien le cas de s'en expliquer, si le législateur avait voulu conférer au conseil de famille le droit d'en allouer au tuteur.

Ce droit ne lui appartient donc pas; le droit, dis-je, d'allouer au tuteur des *honoraires*.

Mais en même temps, j'ajoute que le tuteur doit être rendu tout à fait indemne, et qu'il n'est pas tenu de mettre du *sien*, *de suo*. Le conseil de famille peut donc et doit même lui accorder, à cet égard, une indemnité complète; et dans la fixation de cette indemnité, il doit avoir égard à la fortune du pupille, à la position du tuteur, aux embarras et aux complications de la gestion, aux voyages que le tuteur devra faire; et il peut, eu égard à tous ces éléments d'appréciation, déterminer d'une manière plus ou moins large le montant des frais de gestion.

En cas de réclamation soit de la part du tuteur, soit de la part de l'un des membres du conseil, le tribunal prononcerait (comp. Agen, 19 fév. 1830, Dumas, D., 1831, II, 251; D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle*, p. 752, n° 14; de Fréminville, t. I, n° 25).

611. — 3° Le conseil de famille doit déterminer *positivement*, dit l'article 455, la somme à laquelle commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense.

La dépense d'un mineur n'est pas, en général, très-considérable; et pour peu qu'il ait de fortune ou même d'aisance, le montant de ses revenus excède presque toujours la somme nécessaire pour les besoins de sa personne et pour l'administration de ses biens.

Il est donc d'une bonne gestion, non-seulement de conserver cet excédant, mais de le considérer comme un capital qui doit grossir d'autant, chaque année, le patrimoine du mineur et produire lui-même des intérêts. Et voilà précisément le secret du merveilleux accroissement de la fortune des mineurs ; il est dans cette capitalisation successive, dans ce compte par *échelle* ou *échelette*, des intérêts de chaque année.

Aussi les tuteurs doivent-ils y prendre garde, et placer soigneusement, aux époques déterminées, cet excédant d'intérêts ; autrement ils devraient personnellement, chaque année, les intérêts de ces intérêts, c'est-à-dire qu'ils mettraient dans leur propre patrimoine un germe de ruine des plus actifs et des plus désastreux. (Comp. Lyon, 16 févr. 1835, de Glavenas, D., 1835, II. 3.)

612. — Il ne fallait pas toutefois porter cette règle jusqu'à l'exagération ni exiger du tuteur qu'il fît emploi de tous les intérêts, grands ou petits, à mesure qu'ils entreraient dans ses mains. On ne trouverait pas, en général, de convenable emploi pour des sommes peu importantes; d'ailleurs tous ces petits placements partiels et successifs, dont le nombre se multiplierait ainsi beaucoup, ne seraient pas d'une bonne administration.

Il est donc nécessaire que l'excédant des intérêts sur la dépense forme une somme assez considérable pour pouvoir être elle-même considérée comme un capital; et c'est le conseil de famille que la loi charge de déterminer d'avance cette somme, sans doute parce qu'il eût été à craindre que le tuteur ne gardât trop longtemps ces intérêts et qu'il n'en profitât lui-même, sans qu'il fût possible d'en faire la preuve contre lui.

« On estime, disait Pothier, que cette somme

(l'excédant du revenu), doit être au moins de cent pistoles, pour que le tuteur soit tenu d'en faire emploi. » (*Des Personnes*, part. I, tit. VI, art. 4.)

La vérité est qu'on ne peut rien dire, à cet égard, d'absolu ; cette question est au contraire toute relative, toute subordonnée à la position et à la fortune du mineur. On fera bien, dans certains cas, d'obliger le tuteur à employer même les plus petites sommes, et, par exemple, à en faire le dépôt à la caisse d'épargne ; tandis que dans d'autres cas, il conviendra d'attendre une somme plus importante, pour faire un placement plus considérable.

Pareillement, le conseil de famille pourra (et telle est même la pratique générale) autoriser le tuteur à garder entre ses mains une certaine somme, toujours prête, pour faire face aux besoins imprévus.

613. — La somme qui a été déterminée par le conseil de famille, une fois réunie, le tuteur doit en faire emploi, dans le délai de six mois (art. 455).

Ce délai ne lui est accordé, qu'afin qu'il puisse trouver un emploi convenable.

D'où il suit :

1° Que s'il a placé la somme avant l'expiration des six mois, il doit, bien entendu, compte au mineur des intérêts qu'il en a retirés ;

2° Qu'il en doit compte également, et même *a fortiori*, s'il l'a employée dans ses propres affaires (L. 7, § 11, ff. *de Adm. et pericul. tutor.*; art 1996), sans préjudice de la destitution à laquelle cette *infidélité* pourrait en outre, suivant les cas, l'exposer (art. 444).

614. — A défaut d'emploi dans le délai de six mois, le tuteur doit personnellement les intérêts (article 455).

A moins pourtant qu'il n'ait cru avec raison, devoir attendre, pour l'avantage même du mineur ; comme si,

par exemple, l'occasion d'un excellent emploi devait se présenter seulement un peu plus tard, etc.

Mais alors le tuteur doit, pour mettre plus sûrement sa responsabilité à couvert, se faire autoriser par le conseil de famille à ne pas faire l'emploi précisément dans le délai fixé par la loi (*voy.* l'article 1065 *in fine*).

Pareillement, en sens inverse, le tuteur pourrait engager sa responsabilité, s'il attendait les six mois pour placer les valeurs du pupille, dans les circonstances extraordinaires où ces valeurs dépériraient chaque jour.

Toutes les règles générales de la gestion sont faites pour les cas ordinaires ; et surtout elles sont dominées par cette grande règle que le tuteur doit administrer en bon père de famille (Cass., 27 avril 1830, Godefroy, D., 1830, I, 221).

615. — On a enseigné que le tuteur, qui n'a pas fait emploi dans le délai de six mois, doit les intérêts non point à compter de l'expiration de ces six mois, mais à compter du jour même où il a reçu les sommes, parce qu'il est alors présumé les avoir employées à son profit (Toullier, t. II, n° 1215).

Cette opinion nous paraît contraire au texte même des articles 455 et 456, et au motif sur lequel ils reposent.

Si ces articles mettent les intérêts à la charge du tuteur, ce n'est point parce qu'ils présument qu'il a employé à son profit les sommes par lui reçues, c'est seulement parce qu'il ne les a pas employées : *à défaut d'emploi*, dit l'article 455 ;

Or, ce n'est qu'après l'expiration du délai de six mois que le tuteur est en faute de n'avoir pas encore trouvé d'emploi ;

Donc, ce n'est qu'à partir de l'expiration du délai de six mois qu'il doit les intérêts (comp. Zachariæ, Au-

bry et Rau, t. I, p. 398; Massé et Vergé, t. I, p. 430; Demante, t. II, n° 213 *bis*, V).

616. — Tout au plus pourrait-on admettre la doctrine, qui précède, dans le cas où le tuteur lui-même serait personnellement débiteur de la somme non employée par lui dans les six mois.

On pourrait dire alors, en effet, qu'il a gardé la somme par devers lui; qu'il en a, en conséquence, profité et qu'il doit dès lors les intérêts à partir de l'exigibilité de sa dette personnelle (Valette sur Proudhon, t. II, p. 362, n° 4).

Et pourtant, je ne voudrais pas, même dans ce dernier cas, admettre cette solution comme résultant d'une sorte de présomption légale.

La vérité est que la loi ne crée pas cette présomption contre le tuteur; elle lui accorde six mois pour trouver un emploi; et elle ne fait pas d'exception pour le cas où la somme à employer provient d'une dette à la charge du tuteur lui-même.

Celui-ci ne devrait donc, dans ce cas, les intérêts à compter du jour de l'exigibilité, qu'autant qu'il n'aurait pas mis en caisse, comme dit Marcadé (t. II, art. 455, n° 3), au jour de cette exigibilité, la somme par lui due.

On comprend que la preuve de ce fait ne sera pas facile contre le tuteur, qui, pourtant, en pareil cas, ferait bien de déclarer au subrogé tuteur, au jour de l'échéance, que ses fonds sont prêts (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 398; Massé et Vergé, t. I, p. 431; Demante, t. II, n° 213 *bis*, VI).

617. — Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il doit, après l'expiration du délai de six mois depuis qu'il l'a reçue, les intérêts de toute somme non employée, *quelque modique qu'elle soit* (art. 456).

Ces termes sont absolus; et nous ne saurions admettre en principe la proposition d'un arrêt de la Cour de Douai, dont nous avons déjà parlé (*supra*, n° 603) et d'après lequel le tuteur, au contraire, n'aurait pas à provoquer du conseil de famille la détermination dont parle l'article 456, si les revenus d'un mineur étaient très-modiques (5 juin 1846, Citerne, Dev., 1848, II, 233; ajout. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 430).

En fait, sans doute, nous croyons aussi qu'on a très-bien fait de ne pas déclarer le tuteur responsable de cette omission, lorsque le revenu annuel du mineur n'était que de quinze francs cinquante centimes, et que d'ailleurs il était certain que le tuteur avait géré en bon père de famille.

Mais il eût été désirable que l'arrêt fût motivé de manière à ne pas compromettre le principe lui-même.

618. — Les articles 455 et 456 ne s'occupent textuellement que de la somme provenant de l'excédant du revenu sur la dépense.

Que faut-il décider à l'égard :

1° Des sommes trouvées dans la succession, et du prix provenant de la vente des meubles?

2° Des capitaux provenant des remboursements de dettes ou de rentes, faits pendant le cours de la tutelle?

En ce qui concerne les sommes trouvées dans la succession et le prix provenant de la vente des meubles, on reconnaît généralement que les articles 455 et 456 sont applicables; car il y a parité absolue de motifs (arg. de l'art. 1065).

619. — Mais des doutes se sont élevés, en ce qui concerne les capitaux reçus par le tuteur, pendant la durée de la tutelle.

D'une part, on a prétendu que ces capitaux, même les plus modiques, devaient être nécessairement placés,

dans le délai déterminé par la loi, sans que le conseil de famille pût autoriser le tuteur à attendre qu'il eût une somme plus importante.

D'autre part, on a invoqué l'article 1066, pour soutenir que l'emploi de ces capitaux devait être fait dans le délai, non point de six mois, mais seulement de trois mois, à partir du remboursement.

Je crois, pour ma part, que les articles 455 et 456 doivent seuls encore ici être appliqués.

Pourquoi donc forcerait-on le tuteur à faire nécessairement emploi d'un capital minime? Ce serait mettre la loi en contradiction avec elle-même et nuire au véritable intérêt du mineur. Il est donc logique et raisonnable de laisser toujours le conseil de famille apprécier l'importance de la somme, dont il devra être fait emploi.

Et quant au délai dans lequel cet emploi devra être fait, je pense qu'il faut appliquer aussi les articles 455 et 456 plutôt que l'article 1066 :

D'abord, parce que ce dernier article n'est relatif qu'à la matière toute spéciale des substitutions;

Ensuite, parce que l'article 455 accordant six mois au tuteur pour placer l'excédant des revenus de chaque année sur la dépense, on ne voit pas pourquoi on ne lui accorderait que trois mois pour placer un capital remboursé.

Mais, dit-on, le tuteur a, dans ce dernier cas, connu d'avance l'échéance de la dette, et il a pu, en vue de ce remboursement, chercher aussi d'avance un emploi.

Il est vrai que tel est le motif de la distinction écrite dans les articles 1065 et 1066; mais ce motif, appliqué à notre sujet, n'est rien moins que déterminant. Est-ce qu'en effet le tuteur ne connaît pas aussi d'avance quel sera, chaque année, l'excédant des revenus sur la dépense? Est-ce que même il n'est pas averti

d'avance, dans ce cas, bien plus certainement qu'il ne le serait, par exemple, d'un remboursement de rente, très-imprévu peut-être, qui lui serait fait dans le cours de sa gestion ?

620. — C'est un devoir pour le tuteur d'exiger avec exactitude le payement de toutes les dettes du mineur qui ne produiraient pas intérêts, ou qui ne produiraient qu'un intérêt inférieur au taux ordinaire de l'argent. Il y va de sa responsabilité, puisque après l'expiration des six mois, à partir de l'échéance, il doit personnellement les intérêts (Cass., 28 nov. 1842, Barois, Dev., 1843, I, 323).

Et, d'après ce que nous avons dit, il devrait non-seulement les intérêts du capital, mais même aussi, d'année en année, les intérêts des intérêts (Lyon, 16 avril 1835, de Glavenas, D., 1835, II, 110).

Car il doit indemniser le mineur du tort que cette faute de sa part lui a causé;

Or s'il avait reçu la somme, il aurait dû : 1° la placer à intérêts dans le délai de six mois; 2° stipuler que les intérêts seraient exigibles d'année en année, afin de les capitaliser eux-mêmes successivement (art. 1154).

621. — Le tuteur serait soumis à cette responsabilité, dans le cas où il aurait perçu les fruits d'un domaine indivis entre lui et le mineur, comme dans les autres cas.

Car c'est comme tuteur qu'il aurait alors perçu la part de fruits appartenant au mineur; et sa qualité de copropriétaire ne l'affranchissait pas de ses devoirs de tuteur (Cass., 3 fév. 1845, de Virieu, Dev., 1845, I, 453).

622. — Quant aux conditions et au mode de l'emploi lui-même, nous nous en expliquerons bientôt.

623. — 4° Enfin, aux termes de l'article 470, le

conseil de famille, en vertu de la surveillance générale qui lui appartient sur l'administration du tuteur, peut décider que celui-ci sera tenu, même pendant la durée de la tutelle, de remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques qu'il jugera à propos de fixer.

Le tuteur toutefois ne peut pas être astreint à en fournir plus d'un chaque année.

Ces états de situation doivent être rédigés et remis, sans frais, sur papier non timbré, et sans aucune formalité de justice.

624.—*A fortiori*, le conseil de famille pourrait-il, à l'occasion d'une affaire particulière soumise à sa délibération, exiger un état de situation à cette époque et eu égard à cette affaire spéciale (arg. de l'article 457-2°).

Et nous croyons qu'il aurait ce pouvoir, dans le cas même où le tuteur aurait été astreint à fournir, tous les ans, un état général de la situation de sa gestion.

L'article 470, qui ne permet pas d'astreindre le tuteur à en fournir plus d'un par année, ne nous paraîtrait pas faire obstacle à ce que le conseil de famille demandât à être éclairé actuellement par un exposé spécial, sur l'affaire même qui est l'objet de sa délibération.

Et, par suite aussi, tout tuteur, même le père ou la mère (arg. de l'art. 457), pourrait être tenu de fournir cet exposé spécial qui n'a rien de commun avec l'état de situation générale et périodique, dont l'article 470 dispense le père ou la mère (Marcadé, t. II, art. 470).

625. — Les docteurs enseignaient autrefois que le tuteur était obligé de tenir un livre de compte, un journal : « in quo omnia data et accepta, describere « teneatur.... de die in diem.... » (Montanus, *de Jure tutelarum*, cap. II, reg. 8.)

Meslé avait déjà remarqué, dans l'ancien droit, que les ordonnances n'imposaient pas au tuteur l'obligation de tenir un livre de ce genre, quoique ce livre fût fort utile pour la reddition du compte (*des Minorités*, part. I, chap. VIII, n° 6).

Cette observation est encore exacte aujourd'hui, sous le Code Napoléon, en ce sens qu'aucun texte *ad hoc* n'oblige non plus le tuteur à tenir précisément ce qu'on appelle un livre journal.

Mais, d'une part, le tuteur doit administrer en bon père de famille (art. 450); d'autre part, il doit rendre compte de sa gestion (art. 470); et de là résulte certainement l'obligation de faire tout ce qui est nécessaire pour préparer les éléments de la reddition du compte; et sa responsabilité, à cet égard, sera plus ou moins engagée, suivant que ses écritures seront plus ou moins régulières, etc.

626. — Revenons maintenant à la question que nous avons réservée plus haut (n° 599) à savoir : si les dispositions que nous venons d'exposer (art. 454, 455, 456, 470) sont applicables à la tutelle des père et mère.

Un point d'abord est certain (car le texte de la loi s'en explique), c'est que, dans la tutelle des père et mère, le conseil de famille n'a pas le droit :

1° De déterminer la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle de l'administration de ses biens (art. 454, Ire partie).

2° Ni d'obliger le père ou la mère à fournir des états de situation (art. 470).

627. — Mais appartient-il au conseil de famille :

1° De spécifier si le père ou la mère pourra s'aider d'un ou de plusieurs administrateurs salariés? (Art. 454, IIe partie.)

2° De déterminer la somme à laquelle commencera,

pour eux, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense? (Art. 455, 456.)

Sur ces deux points, les opinions sont très-divergentes parmi les auteurs, qui même ne s'entendent pas sur l'étendue de l'exception que les articles 454, Ire partie, et 470 font en faveur des père et mère.

Ainsi, par exemple, il en est qui enseignent, que les articles 454, 455, 456 et 470 ne s'appliquent, ni les uns ni les autres, à la tutelle des père et mère, tant que le père ou la mère tuteur a *la jouissance légale des biens du mineur* (art. 453), mais qu'ils s'appliquent au contraire, les uns et les autres, au père ou à la mère tuteur, dès que l'usufruit légal ayant cessé, ils deviennent, comme tous les autres tuteurs, comptables des revenus du mineur (art. 489; Marcadé, t. II, art. 454, n° 1 ; Demante, t. II, n° 213, *bis*, VII).

D'autres pensent au contraire que les exceptions écrites dans l'article 454, Ire partie, et dans l'article 470, en faveur de la tutelle des père et mère, s'appliquent pendant toute la durée de cette tutelle et même après l'extinction de l'usufruit légal.

Mais d'un autre côté, ils n'admettent pas que les dispositions des articles 455, 456, ne soient point applicables au père ou à la mère, lorsqu'ils sont comptables des revenus (Proudhon, t. II, p. 360).

MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing sont même d'avis que la seconde partie de l'article 454 est applicable, aussi bien que les articles 455 et 456, à la tutelle des père et mère, et qu'en conséquence le père ou la mère tuteur ne peut se faire aider par un ou plusieurs administrateurs salariés aux frais du mineur, qu'autant qu'il y a été autorisé par le conseil de famille. Nos savants collègues estiment :

1° Qu'il ne conviendrait pas que le père ou la mère

fût libre de faire, sans autorisation, une dépense qui pourrait augmenter de beaucoup les frais de gestion;

2° Que, si l'article 454 paraît les dispenser de cette autorisation, c'est seulement par suite d'un incident de rédaction, qui prouve lui-même l'intention contraire du législateur. C'était un article spécial qui déterminait, dans le projet, le cas où le tuteur pourrait se faire aider par des agents salariés. D'après cet article, l'autorisation du conseil de famille était nécessaire, à cet effet, à tous les tuteurs, sans exception; mais elle ne pouvait être accordée que pour la gestion des biens éloignés. Le Tribunat combattit cette restriction et demanda que le conseil de famille pût accorder l'autorisation toutes les fois qu'il croirait cette mesure utile au mineur; comme si, par exemple, il s'agissait de la gestion d'une exploitation ou d'une manufacture importante, pour laquelle le tuteur n'aurait pas le temps ou les connaissances nécessaires. Le conseil d'État fit droit, en partie, à ces observations, et il réunit en un seul article la disposition qui attribue au conseil de famille le droit de régler les dépenses et celle qui permet l'adjonction d'un administrateur salarié; il les réunit, sans s'apercevoir sans doute que la première ne s'appliquait pas à la tutelle des père et mère, tandis que la seconde comprenait toutes les tutelles, sans distinction (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, art. 454, n° 658).

628. — En ce qui me concerne, je pense :

1° Que les articles 454, 455, 456 et 470 ne sont applicables, dans aucune de leurs dispositions, à la tutelle des père et mère;

2° Qu'il en est ainsi, pendant toute la durée de cette tutelle, et même après l'extinction de l'usufruit légal.

Et d'abord, que les articles 454, 455 et 456 ne soient pas applicables à la tutelle des père et mère, c'est

ce qui me paraît résulter de leur contexte et de l'ensemble de leurs dispositions. Ces trois articles sont en quelque sorte liés les uns aux autres ; et ils ne font, en se succédant, que développer et compléter la mission dont ils chargent le conseil de famille. C'est ainsi que le conseil détermine, avant tout, la somme à laquelle s'élèvera la dépense annuelle du mineur et celle de l'administration de ses biens; et par voie de conséquence, il spécifie si le tuteur pourra employer des agents salariés ; il détermine aussi la somme à laquelle, déduction faite des dépenses, dont il vient d'arrêter le chiffre, commencera pour le tuteur l'obligation de faire emploi.

Tout cela, dis-je, se tient et s'enchaîne;

Or, le texte même de l'article 454 (I[re] partie), déclare que le conseil de famille n'a pas qualité pour déterminer, dans la tutelle des père et mère, le montant de la dépense annuelle du mineur ni celle de l'administration de ses biens;

Donc, il n'a pas non plus qualité pour décider s'ils seront autorisés à employer un agent salarié, ni à quelle somme commencera pour eux l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense.

Notez que, d'après l'article 454, II[e] partie, c'est *par le même acte*, qui vient de régler le montant de la dépense annuelle du mineur, que le conseil de famille décide si le tuteur sera autorisé à se faire aider par un administrateur salarié ; or, ce même acte ne concerne pas les père et mère. L'incident de rédaction que l'on invoque ne nous paraît pas pouvoir l'emporter sur cette argumentation déduite de la rédaction définitive de notre texte.

Notez aussi que l'article 457, qui suit immédiatement les nôtres (454, 456), commence par ces mots : « Le tuteur, *même le père ou la mère*,... » sans doute

parce que les articles précédents ne s'appliquaient pas au père ou à la mère tuteur (*voy.* aussi notre t. VI, n° 438).

Je dis en second lieu, que ces articles ne s'appliquent au père ou à la mère à aucune époque de leur tutelle, pas même après l'extinction de l'usufruit légal.

La preuve en résulte :

D'abord, du texte même, qui dispense, d'une manière absolue et sans restriction, les père et mère de l'application de ces mesures;

Et ensuite du motif de cette dispense, qui est fondée sur le droit de puissance paternelle, en vertu duquel le père et la mère dirigent l'éducation de leur enfant, comme aussi sur la garantie que le législateur a trouvée dans leur tendresse pour lui (Duranton, t. III, n° 561 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 399 ; Massé et Vergé, t. I, p. 431, 432).

629. — Les père et mère peuvent donc, même sans autorisation du conseil de famille, se faire aider par un administrateur salarié.

Et c'est à eux également qu'il appartient de déterminer la somme à laquelle il conviendra de faire emploi de l'excédant des revenus sur la dépense.

Ce n'est pas à dire sans doute qu'ils soient, à cet égard, à l'abri de toute responsabilité.

Ils répondraient, bien entendu, suivant la règle générale (art. 450), de leur incurie, de leur négligence, ou de leur prodigalité ; comme aussi de leur retard à faire emploi de l'excédant des revenus, sinon rigoureusement dans le délai de six mois, au moins dans un délai convenable ; car on ne saurait admettre que la loi les dispense de rendre compte au mineur des intérêts des intérêts ; ce qui reviendrait à dire qu'elle leur permet de laisser improductives des sommes peut-être très-considérables (ce qui serait manquer au de-

voir d'un bon père de famille), ou de les faire fructifier pour eux-mêmes (ce qui serait encore plus un cas de responsabilité).

630. — Nous avons déjà remarqué toutefois que lorsque la mère survivante est remariée et maintenue dans la tutelle, le conseil de famille peut imposer à son nouveau mari, cotuteur, et dès lors aussi indirectement à elle-même, les différentes conditions dont nous venons de parler (art. 454, 456, 470; *supra*, n° 146).

631. — Nous croyons même que le conseil de famille aurait encore le droit d'imposer l'accomplissement de ces mesures à la mère même non remariée et même au père, si l'un ou l'autre, après avoir d'abord été excusé de la tutelle légale, était ensuite nommé tuteur par le conseil de famille.

Il nous paraît très-vraisemblable, en effet, que ce n'est que le père ou la mère, tuteur légal, qui est dispensé de l'accomplissement des conditions prescrites par les articles 454, 456 et 470;

Or, le père et la mère ne sont plus alors que des tuteurs datifs;

Donc, il est raisonnable que le conseil, qui pourrait ne pas les nommer, puisse ne les nommer que sous les mêmes conditions qui sont imposées à tous les tuteurs datifs.

632. — Nous savons que le père ou la mère survivant, alors même qu'il n'est pas tuteur, n'en a pas moins, en vertu du droit de puissance paternelle, la garde et la direction de l'éducation de l'enfant (*voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n°s 379-382).

Dans ce cas, le conseil de famille doit-il déterminer, vis-à-vis du tuteur, la somme à laquelle devra s'élever la dépense annuelle du mineur?

La question ne peut s'élever, bien entendu, qu'autant que le père ou la mère n'a pas ou n'a plus l'usufruit légal des biens de son enfant; car s'il a cet usufruit, il est chargé de pourvoir à tous les frais d'entretien et d'éducation (art. 385-2°; *voy.* notre t. VI, nos 538 et suiv.).

Mais, dans le cas contraire, la question peut paraître délicate.

D'une part, en effet, le droit de diriger l'éducation de l'enfant appartient au père ou à la mère, en vertu de la puissance paternelle, et d'une manière indépendante du conseil de famille; et si le conseil de famille a le droit de déterminer le chiffre de la dépense, le droit de la puissance paternelle pourra se trouver atteint et même mis en échec.

D'autre part, pourtant, le conseil de famille puise, dans l'article 454, le droit vis-à-vis du tuteur qui n'est ni le père ni la mère, de déterminer le montant de la dépense annuelle du mineur; et on ne peut nier qu'il y aurait quelque chose d'extraordinaire et d'anomal dans la faculté qui serait laissée au père ou à la mère, non tuteur, d'exiger annuellement du tuteur les sommes qu'il lui plairait de lui demander.

Sans doute, s'il était lui-même tuteur, il ne serait pas tenu de faire régler le montant de cette somme.

Mais enfin il ne l'est pas; et il y a là, au contraire, un tuteur qui reçoit et qui est comptable.

Je serais donc porté à croire, dans ce cas, que le tuteur devrait se faire autoriser par le conseil de famille à délivrer les sommes qui lui seraient demandées par le père ou la mère pour l'éducation du mineur, sauf au père ou à la mère à se pourvoir devant le tribunal contre l'allocation votée par le conseil, s'il prétendait qu'elle est insuffisante, et qu'elle porte ainsi indirectement atteinte à son droit de puissance paternelle.

§ II.

De la gestion du tuteur pendant le cours de la tutelle.

SOMMAIRE.

633. — Il y avait, dans l'organisation des pouvoirs du tuteur, plusieurs écueils à éviter.

D'une part, on devait se garder d'un excès de précautions, qui aurait entravé son administration au détriment même des intérêts que l'on voulait protéger.

Mais il ne fallait pas non plus, d'autre part, laisser au tuteur le droit de décider seul toutes les questions, même les plus graves, qui peuvent concerner le patrimoine du mineur.

Il était même certains actes qui devaient lui être interdits d'une manière absolue.

Le législateur a dû d'ailleurs aussi considérer les différents actes, non-seulement eu égard à leur importance plus ou moins grande, mais encore sous le point de vue de leur caractère général, suivant qu'ils constituent des actes d'administration ou, au contraire, des actes d'aliénation ou de disposition, suivant qu'ils se renouvellent plus ou moins fréquemment, à des époques périodiques, ou qu'ils ne se représentent, au contraire, que plus rarement et à des intervalles plus éloignés.

634. — Et c'est par suite de ces considérations diverses et complexes, qu'il a distingué quatre espèces d'actes :

1° Les uns, que le tuteur a le droit de faire seul;

2° Les autres, pour lesquels l'autorisation du conseil de famille lui est nécessaire, mais suffisante;

3° Les troisièmes, pour lesquels il lui faut obtenir tout à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, et quelquefois même observer d'autres conditions encore;

4° Les derniers enfin, qui lui sont tout à fait interdits, et pour lesquels il ne pourrait pas même être autorisé ni par le conseil de famille, ni par le tribunal.

Reprenons successivement chacun de ces actes.

1° *Des actes que le tuteur a le droit de faire seul.*

SOMMAIRE.

635. — La règle générale est que le tuteur a le droit de faire seul tous les actes d'administration, pour lesquels la loi ne lui a pas imposé l'obligation d'obtenir l'autorisation du conseil de famille.
636. — Des actes relatifs à l'entretien et à la culture des biens.
637. — Des soins que le tuteur doit aux biens meubles. — Peut-il les louer?
638. — Le tuteur peut passer les baux à loyer ou à ferme des immeubles du mineur. — A quelles conditions ? — Faut-il des affiches et des enchères? — Le tuteur doit-il stipuler, du locataire ou fermier, une caution ou une hypothèque?
639. — Pour quelle durée de temps le tuteur peut-il consentir ces baux?
640. — *Quid*, si le tuteur avait passé des baux excédant la durée déterminée par la loi?
641. — Du renouvellement des baux. — A quelle époque le tuteur peut le consentir?
642. — Le tuteur aurait-il le droit de stipuler que le preneur payera par anticipation, les loyers ou fermages?
643. — Le tuteur peut d'ailleurs faire les baux avec les clauses et conditions diverses que ces sortes de contrats comportent.
644. — Le tuteur peut-il cultiver par lui-même les biens du mineur?
645. — Le tuteur peut-il vendre seul les coupes de bois? — Des bois mis en coupes réglées.
646. — Des bois qui n'ont pas été mis en coupes réglées.
647. — Le tuteur aurait-il le droit d'ouvrir seul une mine ou une carrière dans un fonds appartenant au mineur?

671. — L'emploi ou le remploi doit-il être fait en présence du subrogé tuteur ?

672. —Le mode d'emploi ne peut-il pas, dans certaines circonstances, être déterminé soit par le conseil de famille, soit par la justice?

673. — De quelle manière le tuteur peut-il faire l'emploi ?

674. — C'est au nom du mineur et comme son représentant, que le tuteur doit agir et faire les actes d'emploi. — Conséquences.

675. — *Quid*, si le tuteur avait fait le placement en son nom personnel?

676. — On a enseigné que le tuteur ne peut pas, même avec l'autorisation du conseil de famille, employer l'argent du mineur en acquisition d'immeubles. — Réfutation de cette doctrine.

677. — Le tuteur pourrait-il acheter un immeuble sans avoir en mains de quoi payer le prix?

678. — Le tuteur pourrait-il exercer seul, au nom du mineur, le retrait soit de droits successifs, soit de droits litigieux?

679. — Peut-il faire, soit avant, soit après le tirage, un traité au nom du mineur, avec un entrepreneur ou une compagnie, pour le remplacement militaire?

680. — Le tuteur peut-il, sans autorisation, agir en justice, au nom du mineur?

681. — Suite. — Peut-il provoquer une demande en partage?

682. — Suite. — *Quid*, s'il n'y a que des meubles à partager?

683. — Suite. — Des actions mobilières en général.

684. — Le tuteur ne peut pas, sans l'autorisation du conseil de famille, acquiescer à une demande relative aux droits immobiliers du mineur. — Peut-il se désister d'un appel par lui interjeté dans une instance relative aux mêmes droits?

685. — Même question, dans le cas d'une instance relative aux droits mobiliers du mineur.

686. — Dans quels cas une action est-elle mobilière? — Dans quels cas immobilière? — Règle. — Exemples. — Renvoi.

686 *bis*. — Le tuteur a qualité pour recevoir, sans autorisation, un compte relatif aux biens du mineur.

687. — Le tuteur peut exercer seul tous les actes conservatoires. — Exemples. — *Quid*, s'il avait, sans autorisation, formé une demande relative aux droits immobiliers du mineur? Cette demande serait-elle interruptive de la prescription?

688. — Le tuteur peut-il intenter seul les actions possessoires?

689. — *Quid*, de l'action en bornage?

690. — Le tuteur peut-il passer un aveu obligatoire pour le mineur? — Le serment peut-il être déféré au tuteur par les tiers, ou aux tiers par le tuteur?

691. — Suite.

692. — Suite. — Le tuteur peut-il reconnaître l'existence d'une dette alimentaire à la charge du mineur?

693. — Suite.
694. — La garde et la défense des intérêts moraux du mineur, de son état, de son honneur, est également confiée au tuteur. — Peut-il intenter, sans autorisation du conseil de famille, une action en réclamation d'état au nom du mineur?

635. — La règle générale, à cet égard, me paraît être que le tuteur a le droit de faire seul tous les actes d'administration, pour lesquels la loi ne lui a pas imposé l'obligation d'obtenir l'autorisation du conseil de famille :

1° Le mandat du tuteur est général; c'est lui qui est chargé d'administrer les biens du mineur, et de le représenter dans tous les actes civils (art. 450); et ce n'est pas seulement la *pure* administration qui lui est confiée (art. 481 et 484), c'est l'administration dans le sens le plus général de ce mot, c'est-à-dire le mandat de faire, au nom du mineur et en bon père de famille, tous les actes que le mineur lui-même ferait, s'il n'était pas incapable.

2° Le Code Napoléon a spécifié positivement les différents actes pour lesquels le tuteur devra obtenir soit l'autorisation du conseil de famille, soit l'homologation du tribunal; d'où la conséquence que pour les actes à l'égard desquels le Code n'a exigé que l'autorisation du conseil de famille, le tuteur n'a pas besoin de l'homologation du tribunal, comme pareillement il n'a besoin ni de l'autorisation du conseil de famille ni de l'homologation du tribunal pour les actes à l'égard desquels le Code n'a exigé ni l'une ni l'autre.

L'autorisation de la famille et l'homologation du tribunal sont, sous ce rapport, deux restrictions du mandat général du tuteur, deux exceptions à la règle, que le tuteur représente le mineur et administre seul la tutelle; et par conséquent elles ne doivent pas être

exigées hors des cas où la loi elle-même a cru devoir seulement le faire.

Cette thèse me paraît exacte, surtout en ce qui concerne les rapports du tuteur avec les tiers.

Je suis loin de nier sans doute que, dans plus d'une circonstance, on pourrait prétendre par un argument *a pari*, et quelquefois même peut-être *a fortiori*, que le tuteur devrait obtenir, soit l'autorisation du conseil de famille, soit l'homologation du tribunal.

Mais j'ai déjà répondu à cette objection (*supra*, nos 587 et suiv.).

Que le tuteur, en pareil cas, fasse plus sagement de consulter le conseil de famille; qu'il doive même le consulter, afin de ne point engager sa responsabilité personnelle, cela me paraît aussi certain.

Mais ce que je n'admettrais pas, c'est que son mandat pût en être altéré vis-à-vis des tiers, et qu'un simple argument d'analogie suffît pour créer contre les tiers une cause de nullité de l'acte passé par eux avec le tuteur.

Cela posé, nous allons parcourir les actes principaux que le tuteur a le droit de faire seul.

Nous n'avons pas, bien entendu, la prétention de prévoir et d'aborder tous les actes, toutes les affaires, *negotia*, dont le nombre et la diversité sont presque infinis dans la pratique.

Il nous suffira, pour ceux des actes dont nous ne traiterons pas spécialement, d'avoir posé la règle d'après laquelle le tuteur a le droit, en général, de faire seul (du moins à l'égard des tiers) les actes d'administration pour lesquels la loi n'a pas exigé l'autorisation du conseil de famille.

636. — Ainsi d'abord, il n'est pas douteux que le tuteur peut faire seul tous les actes relatifs à l'entretien et à la culture des biens.

637. — Il doit, par exemple, donner ses soins à la conservation des meubles qui n'ont pas été vendus, les faire réparer, s'il y a lieu, et en tirer le profit qu'ils peuvent produire; il pourrait même les louer, si telle était leur destination et l'usage antérieur du père de famille (art. 1711), si, par exemple, il s'agissait de meubles tels que, l'usufruitier lui-même, qui ne doit jouir de la chose que suivant sa destination, pourrait aussi en passer bail (comp. L. 15, § 5, ff. *de Usuf.*; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, nº 1065).

638. — Il peut de même passer des baux à ferme ou à loyer des immeubles du mineur, de ses biens ruraux comme de ses maisons et bâtiments quelconques (art. 1711).

L'article 1718 déclare que : « les articles du titre « du contrat de mariage et des droits respectifs des « époux, relatifs aux baux des biens des femmes ma- « riées, sont applicables aux baux des biens des mi- « neurs. »

Et ces articles sont ainsi conçus :

Article 1429 : « Les baux que le mari seul a faits « des biens de sa femme pour un temps qui excède « neuf ans, ne sont, en cas de dissolution de la com- « munauté, obligatoires vis-à-vis de la femme ou de « ses héritiers, que pour le temps qui reste à courir, « soit de la première période de neuf ans, si les par- « ties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi « de suite, de manière que le fermier n'ait que le droit « d'achever la période de neuf ans, où il se trouve. »

Article 1430 : « Les baux de neuf ans ou au-dessous « que le mari seul a passés ou renouvelés des biens « de sa femme plus de trois ans avant l'expiration du « bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de « deux ans avant la même époque, s'il s'agit de mai- « sons, sont sans effet, à moins que leur exécution

« n'ait commencé avant la dissolution de la commu-
« nauté. »

Et de là, tout d'abord, cette conséquence que le tuteur peut passer les baux à loyer, et même les baux à ferme, sans aucune condition de publicité ni de concurrence, sans affiches et sans enchères; qu'il peut traiter de gré à gré, soit par acte devant notaire, soit par acte sous signature privée (*supra*, n° 144).

Les articles 1429, 1430 n'imposent, en effet, aucune condition de ce genre au mari, et c'est très-justement. Car le plus offrant ne serait pas toujours le meilleur locataire, ni surtout le fermier le meilleur, c'est-à-dire le plus intelligent, le plus exercé, le plus solvable; et ce sont là des conditions qu'il est bien essentiel de rechercher.

C'est par le même motif, et afin de laisser à son choix plus de liberté, que la loi n'oblige pas le tuteur à stipuler toujours du preneur des sûretés quelconques, une caution ou une hypothèque.

Le tuteur pourra sans doute, s'il s'agit d'un bail important, en référer au conseil de famille, et se concerter avec lui; il verra s'il n'y a pas lieu d'apposer des affiches, et même de demander des sûretés, etc.

Cette précaution de sa part pourra être prudente et convenable; mais elle n'est nullement nécessaire.

639. — Les articles 1429 et 1430, que l'article 1718 rend applicables au tuteur, ne limitent ses pouvoirs que relativement à la durée et à l'époque du renouvellement des baux.

Quant à la durée, il ne peut faire que des baux qui n'excèdent pas neuf ans. Telle est la règle en général imposée à ceux qui louent le bien d'autrui (art. 595, 1429, 1718; *voy.* toutefois notre *Traité de l'Absence*, n° 105), règle qui a pour but de prévenir l'abus possible des *pots-de-vin*, et surtout d'empêcher que la

jouissance du propriétaire ne soit engagée pour trop longtemps dans l'avenir.

De là vient que le bail excédant neuf ans est considéré en quelque sorte comme un acte d'aliénation plutôt que d'administration, parce que, en effet, il altère véritablement le droit de disposition pour le propriétaire. Qui ne sait, par exemple, qu'une maison louée pour une longue durée de temps, devient ainsi le plus souvent invendable? (*voy.* l'article 2, n° 4, de la loi du 23 mars 1855, sur la *Transcription*).

640. — Le mineur, devenu majeur, ou après sa mort, ses héritiers pourraient donc demander la nullité d'un bail à long terme, consenti par le tuteur, pour tout le temps qui excéderait la première période de neuf ans, si l'on n'était pas encore entré dans la seconde, et pour tout le temps qui excéderait la seconde, si celle-ci était déjà commencée, etc.

Bien plus, le tuteur lui-même aurait le droit et le devoir de former cette demande en nullité, pendant le cours de la tutelle. Car il représente le mineur, et il doit exercer, en son nom, toutes ses actions.

En vain, donc, on lui objecterait qu'il ne peut pas lui-même demander la nullité de son propre contrat (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 411 et 420).

La réponse est qu'il agit, non pas en son propre nom, mais en sa qualité de tuteur; de la même manière que le mari, qui a vendu l'immeuble dotal, peut néanmoins, lui-même, en sa qualité de mari, chargé de la conservation de la dot, demander la nullité de la vente (Cass., 21 déc. 1836, Barret, Dev., 1837, I, 114).

La seule conséquence fondée de cette objection contre le tuteur, serait de le faire condamner personnellement aux dommages-intérêts envers le preneur, si en effet, il s'était engagé personnellement envers lui, à le faire jouir, pendant toute la durée du bail, ou s'il lui avait

caché la qualité en vertu de laquelle il pouvait seulement le consentir (comp. art. 1560 et 1997; Valette sur Proudhon, t. II, p. 371).

Mais dans tous les autres cas, où le bail consenti par le tuteur en cette qualité excéderait ses pouvoirs, le preneur n'aurait aucune indemnité à réclamer, à raison de la nullité, qui en serait le résultat. Il a dû savoir, en effet, que le tuteur dépassait son mandat, et il s'est ainsi exposé lui-même à ce qui lui arrive.

641. — En ce qui concerne l'époque des renouvellements, le tuteur doit se conformer à l'article 1430, c'est-à-dire qu'il ne peut pas renouveler le bail des maisons plus de deux ans avant l'expiration du bail courant, et celui des biens ruraux, plus de trois ans avant la même époque.

Cette différence d'une année entre le bail des maisons et le bail des biens ruraux, est fondée sur ce que le fermier a généralement besoin, bien plus encore que le locataire, de savoir d'avance à quoi s'en tenir, et s'il peut compter sur son bail, afin de se livrer aux travaux et aux améliorations de la culture.

Les baux d'ailleurs, quoique renouvelés avant ces époques, seraient néanmoins obligatoires, si leur exécution avait commencé avant la fin de la minorité.

M. Duranton enseigne que le tuteur ne doit point, en général, renouveler des baux, *dont l'exécution ne devrait commencer qu'après la majorité du mineur.*

« Si la loi, dit cet auteur, déclare obligatoires même pour la femme, les baux qui, n'excédant pas neuf années, ont été passés ou renouvelés par le mari seul, encore que l'exécution n'en ait pas commencé avant la dissolution de la communauté, lorsqu'ils n'ont pas été passés ou renouvelés avant les époques ci-dessus, c'est parce que le moment de la dissolution de la communauté n'est pas connu, comme l'est celui de la ma-

jorité du mineur, et qu'il a fallu conséquemment ne point paralyser l'administration du mari; mais le tuteur n'a point à s'occuper de celle des biens du mineur après sa majorité. » (T. III, n° 545; ajout. Zachariæ, t. I, p. 227, note 6; *Encyclop. des juges de paix*, t. V, v° *Tutelle*, § 2, art. 2, n° 2.)

Mais d'abord cette opinion est contraire au texte même des articles 1430 et 1718.

Et elle nous paraît également méconnaître la sage prévoyance du législateur, qui a voulu garantir le mineur, aussi bien que la femme, des *non-valeurs*, qui pourraient être le résultat d'une interruption dans la durée des baux, pendant tout le temps, qu'il faudrait pour trouver un nouveau preneur, locataire ou fermier.

Il est vrai que l'époque de la majorité est connue d'avance, à la différence de l'époque de la dissolution du mariage; mais cette différence n'est ici que secondaire; le motif essentiel de la loi, c'est de ne pas exposer le mineur à des pertes; c'est de donner au tuteur le moyen de lui conserver un bon locataire et surtout un bon fermier. Or, dans le système que je combats, le tuteur n'en aurait pas le moyen; et il faudrait nécessairement que le preneur arrivât à fin de bail, sans renouvellement possible, si le bail renouvelé ne devait commencer qu'après la majorité.

M. Duranton excepte, à la vérité, de sa décision *tous les cas où il était de l'intérêt évident du mineur* que le bail fût renouvelé par le tuteur. Mais alors nous n'avons plus de règle, et le tiers ne sait plus à quoi s'en tenir.

Le tuteur a-t-il, oui ou non, le pouvoir de renouveler le bail?

Voilà la question; et cette question, il faut qu'elle soit résolue en principe; or, nous croyons, nous, que

le tuteur a ce pouvoir, comme l'aurait un usufruitier par exemple, dont le droit devrait s'éteindre à jour fixe (art. 580, 595).

Les hésitations, les concessions même de l'opinion contraire sont d'ailleurs autant d'arguments contre elle.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que le tuteur pourra, en effet, dans ce cas, ne pas renouveler le bail; que ce sera même de sa part un acte de bonne gestion de ne pas le renouveler, s'il n'en résulte aucun préjudice pour le mineur.

Mais c'est là seulement une question d'appréciation, dont il est lui-même l'arbitre (de Fréminville, t. I, n° 531; Magnin, t. II, n° 672; Marchant, p. 310; Valette sur Proudhon, t. II, p. 372; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 411; Massé et Vergé, t. I, p. 435).

642. — Au reste, le tuteur n'aurait pas en général le droit de stipuler que le preneur payera par anticipation les loyers ou fermages.

Le Code Napoléon, en ce qui concerne le pouvoir de passer des baux, assimile le tuteur au mari, à l'usufruitier (comp. 1718, 1429, 1430, 595).

Or, ni le mari ni l'usufruitier ne pourraient recevoir d'avance les fermages ou les loyers.

Il est vrai que le tuteur ne les recevrait que pour le mineur, et qu'on pourrait prétendre qu'il n'a agi que pour son plus grand intérêt.

Mais nous avons déjà répondu que le bail cessait d'être considéré comme un acte d'administration, dès qu'il sortait des conditions ordinaires, qui caractérisent ces sortes de contrats. Or, ce qui est vrai pour la durée des baux, ne nous paraît pas l'être moins pour le payement des fermages; il est de la nature, il est presque de l'essence d'un bail (du moins relativement à celui qui le passe au nom d'autrui), que les loyers

ou fermages soient payables annuellement; voilà le contrat tel que la loi autorise le tuteur à le faire seul; elle ne l'autorise pas à une sorte d'aliénation de jouissance, du droit même de jouissance, qui serait comme un acte de disposition ou d'aliénation. Cette solution nous paraît plus juridique en principe. Après cela, si le tuteur, en recevant d'avance les loyers ou les fermages, a fait, dans l'intérêt du mineur, une bonne affaire, le mineur ne s'en plaindra pas, bien entendu (comp. Limoges, 28 janvier 1824, Chardin, D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle*, p. 736, n° 17; Poitiers, 5 mars 1823, Josnet, D., *eodem*, p. 780; Troplong, *du Louage*, t. I, art. 1718, n° 145; de Fréminville, t. I, n° 537; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 406).

643. — Le tuteur peut d'ailleurs faire les baux, avec les clauses et conditions diverses que ces sortes de contrats comportent; il peut stipuler, par exemple, que les fermages seront payés soit en argent pour la totalité, soit pour partie seulement en argent et pour partie en fruits (art. 1763; Meslé, part. I, chap. VIII, n° 28).

644. — Mais pourrait-il cultiver par lui-même les biens du mineur?

Cette question était autrefois controversée; et Ferrières rapporte des auteurs et des arrêts, à l'appui de la doctrine qui exigeait que le tuteur donnât à ferme les biens du mineur.

Le président de Lamoignon accordait seulement aux tuteurs le droit *de faire valoir par leurs mains les héritages du mineur, lorsqu'ils n'auront pas pu trouver de fermiers* (*Arrêtés*, tit. *de la Tutelle*, art. 91, p. 25).

Cette doctrine, toutefois, n'était pas celle de Ferrières lui-même, qui pense « qu'il est de l'intérêt du pupille qu'on lui épargne les frais des proclamations, et qu'on lui conserve les profits qui seraient faits par

un fermier; et que cette double considération suffisait sans contredit, pour prouver qu'il doit être libre au tuteur de jouir, par ses propres mains, des biens pupillaires. » (Part. IV, sect. IV, n° 209).

La même solution nous paraît devoir encore être adoptée aujourd'hui.

Il est vrai que, d'après l'article 450, le tuteur ne peut prendre à ferme les biens du mineur, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail.

Mais autre chose est que le tuteur prenne à bail les biens du mineur, c'est-à-dire les exploite pour son propre compte, afin d'y faire son profit; autre chose qu'il les exploite pour le compte du mineur lui-même, afin, comme disait Ferrières, de lui conserver les profits qui seraient faits par un fermier.

On peut objecter encore que ce mode d'exploitation pourrait favoriser la fraude du tuteur, parce qu'il serait très-difficile de contrôler ses comptes, en ce qui concerne soit les dépenses faites pour la culture, soit la quotité annuelle des fruits, soit le prix résultant des ventes qu'il en ferait. Tel était même le motif de Pothier : « Le compte de l'exploitation, que le tuteur ferait lui-même, serait, dit-il, d'une trop longue discussion. » (*Des Personnes*, part. I, tit. VI, § 3, art. 4.)

Mais cette objection ne nous paraît pas non plus assez grave pour priver le tuteur d'un droit, qu'aucun texte ne lui enlève, ou en d'autres termes, pour lui imposer l'obligation absolue de passer des baux, obligation qu'aucun texte ne lui impose.

Ajoutons qu'il peut se rencontrer des circonstances dans lesquelles le tuteur fera un acte de bonne gestion et même de dévouement pour le mineur en cultivant lui-même; comme si, par exemple, c'était un aïeul, qui voulût bien y consacrer son temps, ou si tout

autre tuteur croyait très-sagement devoir attendre le terme d'une crise politique ou commerciale, pendant la durée de laquelle on ne pourrait passer des baux qu'à de mauvaises conditions.

En cas d'abus, le conseil de famille, averti par le subrogé tuteur ou par l'un de ses membres, pourrait enjoindre au tuteur d'affermer les biens (arg. de l'article 444; Duranton, t. III, n° 548; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 396; de Fréminville, t. I, n° 534; Taulier, t. II, p. 60).

645. — Quant aux coupes de bois, de deux choses l'une :

Ou il s'agit de bois mis en coupes réglées ;

Ou il s'agit de bois non mis en coupes réglées, de bois de haute futaie.

Dans le premier cas, il n'y a aucune difficulté possible, si les bois mis en coupes réglées font partie d'un domaine. Le tuteur peut alors les affermer avec le domaine, dont ils sont une dépendance.

Que si les bois mis en coupes réglées ne font point partie d'un domaine, d'un ensemble des biens, on pourrait peut-être soutenir que le tuteur ne peut vendre les coupes qu'en observant les formalités prescrites par l'article 452; car, c'est là, dirait-on, une vente de meubles bien plutôt qu'une location, et même une vente de meubles très-souvent d'une grande importance. Tel est, en effet, l'avis de M. Dalloz (*Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle*, p. 736, n° 15).

Cette objection ne manque pas de gravité ; et je crois en effet que le tuteur fera sagement de ne passer la vente de ces coupes qu'avec publicité et concurrence.

Mais pourtant je n'irais pas jusqu'à dire que la vente qu'il en aurait faite, de gré à gré, ne serait pas valable et obligatoire à l'égard des tiers.

Vente ou location, cet acte est essentiellement relatif à la culture et à la jouissance des biens; ces bois, quelle que soit leur valeur, ne sont, après tout, que des fruits auxquels ne s'applique pas l'article 452.

Or, le tuteur me paraît avoir le pouvoir de vendre les fruits comme il le juge convenable et pour le mieux des intérêts du mineur.

646. — Dans le second cas, c'est autre chose; les bois de haute futaie non mis en coupes réglées, sont, en effet, considérés non pas comme des fruits, mais comme un capital, comme une partie intégrante de l'immeuble lui-même (art. 592, 1403);

Or, le tuteur ne peut pas aliéner les immeubles du mineur, sans l'observation des formalités prescrites par l'article 457;

Donc, il ne doit pas pouvoir, sans l'observation de ces formalités, abattre des bois non mis en coupes réglées (Chardon, *Puiss. tutélaire*, t. III, n° 409).

Faudrait-il excepter le cas où les bois, venus à maturité, se *couronneraient* et devraient être abattus?

On pourrait dire, dans le sens de l'affirmative, que ce serait alors un acte d'administration nécessaire.

Mais les bois n'en sont pas moins toujours immeubles; ils n'en forment pas moins toujours un capital; et il nous paraît plus logique et plus convenable que le conseil de famille soit appelé à se prononcer tout à la fois sur l'opportunité de la coupe, sur les conditions de la vente et même sur l'emploi du prix.

647. — Ces principes ne doivent-ils pas aussi nous servir à résoudre une autre question, celle de savoir si le tuteur aurait le droit d'ouvrir seul une carrière ou une mine dans un fonds appartenant au mineur?

Sous un certain point de vue, on pourrait prétendre que ce ne serait là qu'un acte d'administration, qu'un mode d'exploitation du fonds, et que même les produits

des mines et carrières sont considérés quelquefois comme des fruits, puisqu'ils appartiennent à l'usufruitier, du moins lorsque les mines et carrières étaient déjà en exploitation au moment où son droit s'est ouvert (art. 598).

Mais pourtant il s'agit là encore d'entamer, d'aliéner l'immeuble lui-même, les entrailles mêmes de l'immeuble; et dès lors il paraît difficile de reconnaître au tuteur seul le pouvoir de faire un pareil acte.

648. — On n'a jamais mis en doute que le tuteur peut faire faire seul toutes les réparations d'entretien.

Et nous croyons même que les obligations personnelles contractées par lui, pour cette cause, envers les architectes et ouvriers, sont exécutoires sur tous les biens, meubles et immeubles du mineur.

La règle, sans doute, est que ces sortes de dépenses sont une charge des fruits et doivent être acquittées aux dépens des fruits (art. 605; *voy.* aussi notre t. II, n° 127). Régulièrement donc, c'est avec les revenus, avec la portion des revenus qui lui a été allouée par le conseil de famille pour l'administration des biens, que le tuteur doit pourvoir à ces sortes de réparations.

Mais, à l'égard des tiers, il n'en a pas moins qualité pour obliger le mineur, par un traité à cet effet; et si le mineur est obligé, nous pensons que le créancier a nécessairement pour gage tous ses biens, meubles et immeubles, présents et à venir (art. 2092; *voy.* aussi notre t. IV, n° 161).

649. — Quant aux grosses réparations, la question me paraît beaucoup plus délicate.

Nos anciens auteurs ne s'exprimaient pas sur ce point d'une façon très-nette; et s'il est vrai que généralement on paraissait croire autrefois que le tuteur ne pouvait pas seul et sans avis de parents, faire faire

les grosses réparations, toutes les opinions, néanmoins, portaient une certaine empreinte d'irrésolution et d'incertitude.

C'est ainsi que Meslé disait : « Quand il s'agit de grosses réparations, et *qui soient considérables, il semble* qu'elles ne doivent être faites par le tuteur que par avis de parents et de l'autorité du juge... » (Part. I, chap. VIII, n° 27).

Et de son côté, Pothier paraît ne soumettre le tuteur à l'avis de parents et à l'autorisation du juge, pour faire les grosses réparations, que *lorsqu'il n'a aucuns deniers du mineur entre les mains*, et qu'il faut emprunter (*des Personnes*, part I, tit. VI, § 2, art. 4; ajout. aussi *Introduct. au tit.* IX *de la Cout. d'Orléans*, n° 18; Ferrières, part. IV, sect. IV, n° 205; Domat, liv. I, tit. II, sect. II, n° 4).

Le Code Napoléon est muet sur ce point; et on ne peut nier que le Code prussien n'ait été plus prévoyant, en décidant que « la nécessité des réparations doit toujours être constatée par experts lorsque la dépense surpasse cent cinquante francs (art. 522-528).

Quoi qu'il en soit, et par suite du silence de notre Code, cette espèce d'indécision, que je viens de signaler chez nos anciens jurisconsultes, s'est encore continuée chez les auteurs modernes.

Toullier, par exemple, a écrit que « les grosses réparations doivent être faites par adjudication au rabais, après affiches, à moins que le tuteur ne soit autorisé par le conseil de famille à les faire par économie. » (T. II, n° 1209.) De telle sorte que le célèbre auteur semble n'exiger l'autorisation du conseil de famille, qu'autant que le tuteur ne ferait pas faire les réparations au rabais et après affiches.

Mais cette dernière condition-là n'est imposée au tuteur par aucun texte; aussi les autres interprètes

du Code Napoléon ne pensent-ils pas qu'elle soit exigée.

Quant à l'autorisation du conseil de famille, ils s'accordent en général, à penser non pas précisément qu'elle soit requise, mais *qu'il est prudent, de la part du tuteur*, de la demander (comp. D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle*, p. 736, n° 18; Taulier, t. II, p. 60; Duranton, t. III, n° 559; *Encyclop. des juges de paix*, t. V, v° *Tutelle*, § 2, art. 2, n° 7; de Fréminville, t. I, n°s 521-525; Chardon, t. III, n° 395).

Que le tuteur fasse toujours très-sagement de ne rien entreprendre d'important, et en particulier de ne pas entreprendre de grosses réparations, sans l'autorisation du conseil de famille, nul doute à cet égard.

Mais la question n'est ainsi qu'à moitié résolue.

A l'égard des tiers, le tuteur a-t-il, oui ou non, qualité pour faire faire seul ces réparations, et le traité qu'il aurait consenti avec un architecte ou un maître maçon, etc., serait-il obligatoire pour le mineur?

Cette partie de la question n'est pas sans doute la moins grave; et il faut convenir que la doctrine ne l'a pas nettement résolue.

Or, pour soutenir que le tuteur a qualité à cet effet envers les tiers, on peut faire l'argument suivant :

Le tuteur peut faire seul tous les actes d'administration pour lesquels un texte de la loi n'a pas exigé qu'il obtînt l'autorisation du conseil de famille;

Or, d'une part, la confection des grosses réparations n'est, après tout, qu'un acte d'administration; d'autre part, aucun texte ne soumet le tuteur à la nécessité d'obtenir, dans ce cas, l'autorisation du conseil de famille;

Donc, il n'a pas besoin, en effet, de cette autorisation pour faire faire les grosses réparations (*voy.* aussi

notre *Traité de l'Absence*, n° 104; comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 434; Aubry et Rau, t. I, p. 409, Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Nap.*, p. 275).

Le syllogisme est en forme ; et quoique sa conclusion me semble à moi-même regrettable, quoiqu'il me parût dangereux d'accorder au tuteur seul le droit de dépenser peut-être beaucoup d'argent pour des immeubles, qu'il serait au contraire de l'intérêt du mineur de laisser tomber ou plutôt même de détruire, je crois que nous ne pouvons pas nous dispenser de faire une part à cette conclusion.

Et d'abord, il est bien évident que, dans tous les cas d'urgence, le tuteur aurait le droit, et même le devoir, de prendre les mesures conservatoires, et de faire même, en attendant qu'on prît un parti définitif, certaines réparations pour empêcher la ruine totale.

Mais, même pour les grosses réparations proprement dites, je ne vois pas ce que nous aurons à répondre à l'argument qui précède :

1° Si le tuteur les faisait avec les revenus, avec la portion des revenus qui lui a été allouée pour l'administration des biens;

2° Si même il les faisait avec les capitaux du mineur, mais au comptant, sans contracter d'obligation personnelle, et en payant au fur et à mesure les fournisseurs et les ouvriers.

Sans doute, il pourrait ainsi engager sa propre responsabilité, comme il l'engagerait par tout autre acte de mauvaise gestion (art. 450); sans doute encore, le conseil de famille, convoqué sur la réquisition du subrogé tuteur ou de l'un de ses membres, pourrait même voir dans cette opération, une preuve de son *incapacité*, et lui enjoindre d'avoir à l'abandonner (arg. de l'article 444; comp. Paris, 12 ventôse an XI, Margueré, Sirey, III, II, 287).

Mais les tiers, maçons, charpentiers, fournisseurs, etc., qui auraient ainsi traité avec le tuteur, faisant faire lui-même, et pour ainsi dire en détail, les réparations, l'argent à la main, les tiers, disons-nous, seraient à l'abri de toute espèce d'action de la part du mineur.

650. — En serait-il de même, si le tuteur avait passé un traité avec un entrepreneur ? (Art. 1787.)

Ce traité serait-il obligatoire pour le mineur ?

Ou au contraire serait-il nul ?

En sorte que, s'il n'était pas encore exécuté, la nullité pût en être proposée, au nom du mineur, sans aucune indemnité pour l'entrepreneur; et que s'il était déjà exécuté, le mineur ne fût tenu envers lui que jusqu'à concurrence du profit qu'il en aurait retiré, et non pas pour tout le prix convenu ?

Le mineur aurait, à la vérité, son recours contre le tuteur, s'il était forcé de payer à l'entrepreneur, soit l'indemnité déterminée par l'article 1794, dans le cas où le traité serait résilié avant son exécution, soit le prix convenu, dans le cas où le traité serait déjà exécuté.

Mais il se peut que le tuteur soit insolvable ; et la question des rapports du mineur avec l'entrepreneur a certainement son importance.

Cette question, je le répète, me paraît difficile à résoudre dans l'intérêt du mineur.

Est-il vrai pourtant qu'il nous soit tout à fait impossible d'y arriver juridiquement ?

Je ne le pense pas ; et nous allons en trouver le moyen dans une proposition importante que cette thèse nous fournit l'occasion de poser ici.

C'est qu'il résulte de toute l'économie du Code Napoléon, que le tuteur ne peut pas contracter valablement, à l'égard des tiers, des obligations personnelles,

lorsque ces obligations sont évidemment de nature à entamer les capitaux du mineur, le fonds même et la substance de son patrimoine.

Cette proposition nous paraît fondée :

Soit sur les articles 454, 455, 456, qui affectent, très-sagement sans doute, les revenus, et même autant que possible une partie seulement des revenus, aux dépenses que le tuteur peut faire et aux obligations personnelles qu'il peut contracter pour l'administration ;

Soit sur l'article 457, qui ne permet pas au tuteur seul d'emprunter.

Et de là cette double conséquence :

1° Les obligations personnelles qui, par leur cause, par leur caractère, et d'après l'usage général, doivent être acquittées sur les revenus, ces obligations-là sont valablement contractées par le tuteur à l'égard des tiers ; et dès qu'elles sont valablement contractées, les tiers peuvent les faire exécuter non pas seulement sur la portion de revenus allouée au tuteur par le conseil de famille pour dépenses d'administration, non-seulement sur tous les revenus, mais même sur tous les biens meubles et immeubles du mineur (*supra*, n° 648).

Et d'abord, quant aux revenus, il est évident que nous ne pouvons pas subordonner la validité de l'obligation contractée par le tuteur envers les tiers à la question de savoir si le montant de cette obligation dépasse le crédit alloué au tuteur sur les revenus. A de telles conditions, le tuteur ne pourrait traiter avec personne ! Une seule chose donc importe : cette obligation est-elle de nature à être acquittée sur les revenus ? Si oui, elle est valablement contractée.

2° Les obligations personnelles qui, par leur cause, leur caractère, et d'après l'usage général, ne peuvent

s'acquitter qu'aux dépens du capital, ces obligations-là ne sont pas valablement contractées par le tuteur à l'égard des tiers, qui n'ont pas pu ignorer que le tuteur dépassait ainsi son pouvoir.

Et dès que ces obligations ne sont pas valablement contractées (si, bien entendu, on en demande la nullité dans l'intérêt du mineur), les tiers n'ont pas d'action contre lui, et ne peuvent pas même se faire payer sur les revenus.

De la même manière que l'obligation qui est de nature à être payée sur les revenus, peut être exécutée même sur le capital, si les représentants du mineur ne l'acquittent pas ; de la même manière l'obligation qui est de nature à entamer le capital, ne peut pas être exécutée même sur les revenus.

Objectera-t-on contre cette théorie, que le tuteur a l'emploi et la disposition des capitaux du mineur?

Il faut s'entendre :

Il en a la disposition, oui, pour les *placer*, pour les *employer*, mais non pas pour les *dépenser*, pour les *perdre*.

Autre chose est l'*emploi*, autre chose la *dépense*.

La nuance entre les deux faits, très-délicate assurément, n'en est pas moins réelle ; et c'est aux tiers, s'il y a doute, à ne pas traiter avec le tuteur seul.

Car le tuteur seul n'a pas qualité, disons-nous, pour dépenser les capitaux du mineur, pour entamer son patrimoine par des obligations personnelles.

Mais alors quelle condition faudra-t-il qu'il accomplisse pour contracter valablement ces sortes d'obligations?

Suivant Delvincourt, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal seraient tout à la fois nécessaires (t. I, p. 118, note 5).

M. Duranton, au contraire, se contente de l'autori-

sation du conseil de famille, sans exiger l'homologation (t. III, n° 559).

Et tel serait aussi notre sentiment.

Il ne s'agit pas, en effet, d'emprunter, et ce n'est pas l'article 457 qui est applicable; il s'agit d'entamer les capitaux déjà appartenant au mineur, et c'est dans les articles 454-456 que nous avons trouvé l'obligation, de la part du tuteur, d'en référer, à cet égard, au conseil de famille (*voy.* aussi *supra*, n° 601).

651. — Cela posé, je reviens à notre question des grosses réparations, et je dis :

Le tiers, l'entrepreneur, savait que l'obligation personnelle pour cause de grosses réparations, était par elle-même de nature à ne pouvoir pas être acquittée sur les revenus, mais à entamer le capital (art. 605, 1558).

Donc il savait ou il a dû savoir que le tuteur n'avait pas qualité pour la consentir seul.

M'objecterez-vous que la femme mariée, séparée de biens, pourrait valablement s'obliger envers un tiers, sans l'autorisation de son mari ou de justice, pour cause de grosses réparations à faire sur ses immeubles ?

En admettant même que cela fût, il me semble qu'il n'en résulterait point d'argument contre ma thèse actuelle.

Il est vrai que le pouvoir d'administration du tuteur ressemble généralement assez à la *libre* administration qui appartient à la femme mariée sous le régime de la séparation de biens (art. 1449); qu'il y ressemble, par exemple, beaucoup plus qu'à la *pure* administration, qui appartient seulement au mineur émancipé (art. 481).

Mais je crois qu'il serait très-imprudent de vouloir assimiler de trop près ces différents pouvoirs.

Aucune théorie générale, aucune vue d'ensemble n'a présidé, il faut bien le dire, à l'organisation de ces divers pouvoirs d'administration.

On a traité séparément, et à des intervalles plus ou moins longs, des uns et des autres.

On ne les a point comparés ni rapprochés ; et on ne s'est point mis en peine de savoir si ces différentes organisations témoigneraient d'une logique très-rigoureuse ni d'une parfaite harmonie.

652. — Ce que je viens de dire des grosses réparations, je le dirai *a fortiori*, des travaux d'améliorations, des constructions nouvelles.

Zachariæ et ses savants annotateurs, MM. Aubry et Rau, enseignent « qu'on doit conseiller au tuteur de ne faire aucune construction ou amélioration importante sans autorisation du conseil de famille. » (T. I, p. 226, note 2.)

Sans doute !

Mais reste toujours cette autre question :

En a-t-il ou n'en a-t-il pas le pouvoir, à l'égard des tiers ?

S'il s'agit de travaux peu importants, et dont la dépense soit évidemment de nature à être prélevée sur les revenus, je crois que le tuteur a le droit de les faire.

S'il s'agit de travaux plus considérables, et qui ne peuvent être faits qu'aux dépens du capital, de deux choses l'une :

Ou le tuteur les fait directement lui-même en quelque sorte, et traite au comptant avec les tiers qu'il emploie ; et alors le mineur n'a que son action en dommages-intérêts contre lui ;

Ou le tuteur a fait un traité avec les tiers ; et alors ceux-ci ont dû savoir que ce traité dépassait les pouvoirs du tuteur.

653. — Le tuteur peut certainement payer seul les

dettes du mineur, non-seulement les intérêts ou arrérages, mais encore les capitaux.

C'est là même un de ses devoirs importants; et sa responsabilité serait engagée, s'il laissait courir à la charge du mineur les intérêts d'une dette exigible, dans le cas où il aurait des fonds suffisants pour la rembourser.

On pourrait alors le rendre responsable de ces intérêts, lors même qu'il n'aurait pas les fonds depuis plus de six mois (*supra*, n° 613). Ce délai de six mois ne lui est accordé que pour trouver un placement, mais non pas pour garder des deniers stériles entre ses mains, en présence d'une dette actuellement exigible et qui porte intérêts!

654. — C'est à lui qu'il appartient d'examiner et de vérifier la légitimité de la dette réclamée contre le mineur.

Il ne doit payer que les dettes légitimes et bien établies.

Il ne doit refuser le payement que des dettes non justifiées.

Et il pourrait également compromettre sa responsabilité, soit en payant ce qui n'était pas dû, soit en refusant de payer ce qui était dû, s'il en était résulté des frais pour le mineur (L. 9, § 5 et 6, ff. *de Adm. tut.*).

En cas de doute, à cet égard, le tuteur fera donc sagement d'en référer au conseil de famille, et de prendre l'avis d'un ou de plusieurs avocats.

655. — Régulièrement, le tuteur ne doit payer que les dettes échues et exigibles; il ne lui appartient pas de renoncer au bénéfice du terme, surtout si la dette ne produit pas d'intérêts.

Par suite, il ne doit pas non plus, régulièrement, rembourser une rente constituée (art. 1909).

Un bill d'indemnité, toutefois, lui serait certainement accordé, si par le remboursement immédiat d'une dette à terme, ou même par l'amortissement d'une rente constituée, il avait arrêté le cours d'intérêts ou d'arrérages d'un taux élevé et plus fort que le cours du temps où il aurait fait cette opération (Pothier, *du Contrat de rente*, chap. III, § 1, n° 56).

656. — Si le tuteur est lui-même créancier du mineur, il doit se payer par ses propres mains (L. 9, § 5, ff. *de Adm. tut.*; L. 8 Cod. *Qui dare tut.*; Duparc-Poullain, t. I, p. 270).

Et nous ne croyons même pas qu'il doive appeler le subrogé tuteur pour être présent à ce payement, qui n'est, après tout, qu'un acte d'administration (Toulouse, 21 juin 1832, Desasars, D., 1832, II, 195).

Néanmoins cette précaution pourrait être sage, surtout si la créance du tuteur paraissait être susceptible d'une objection quelconque.

657. — Toullier a écrit que :

« La créance du tuteur est éteinte, par compensation, du moment où il a en mains une somme suffisante disponible pour se payer; mais l'extinction légale ne s'opère que du moment où il a cette somme; car il n'est pas obligé de se rembourser par parties. » (T. II, n° 1219).

« C'est une erreur (dit M. Duranton) qui se réfute par la simple lecture de l'article 1290. » (T. III, n° 566).

Et M. Duvergier, dans sa note sur ce passage de Toullier (n° 1220), ajoute aussi que « l'article 1290 dit précisément tout le contraire. » (*Voy.* encore de Fréminville, t. I, n° 253; Magnin, n° 659; et l'arrêt précité de la Cour de Toulouse).

Est-il donc vrai que la proposition de Toullier soit une erreur si évidente?

Je ne le crois pas, en ce qui me concerne; et elle me paraît, au contraire, très-juridique.

Il n'est pas douteux que la compensation s'opère, comme on dit, jusqu'à due concurrence (art. 1290).

Mais il faut, avant tout, qu'il y ait lieu à la compensation.

Or, il me semble que c'est improprement que l'on dit que lorsque le tuteur est créancier de son pupille, et qu'il a des fonds en mains pour se payer, sa créance s'éteint par compensation.

Il n'y a lieu à compensation que lorsque deux personnes se trouvent réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre;

Or, le tuteur est bien créancier du mineur; mais nous ne supposons pas que le mineur, lui ! soit créancier du tuteur; ce qui serait une tout autre hypothèse ;

Donc, il n'y a pas lieu, en réalité, à compensation.

Qu'y a-t-il donc seulement ?

Il y a, pour le tuteur, l'obligation, ni plus ni moins, de se payer lui-même comme il payerait tout autre créancier.

Or, il ne pourrait pas payer tout autre créancier par parties (art. 1244).

Donc, il n'y a pas, pour lui-même, obligation de se payer par parties.

Sa position de tuteur ne doit pas, sous ce rapport, empirer sa position personnelle de créancier; et on comprend tout ce qu'il pourrait y avoir pour lui de fâcheux et de dommageable dans cette succession de petits payements partiels et très-modiques peut-être du capital qui lui serait dû.

On objecte que le tuteur est *débiteur* envers le mineur de ce qu'il reçoit pour lui.

Oui ! Mais pour le lui restituer seulement lors de la

reddition du compte de tutelle. Sa dette envers le mineur n'est pas encore exigible (art. 1291).

Et c'est très-justement qu'il a été décidé qu'il n'y a pas lieu à compensation entre le reliquat *à futur* du compte de tutelle et les sommes dues au tuteur (comp. Cass., 29 août 1820, Turpin, Sirey, 1820 I, 387; Limoges, 24 août 1821, mêmes parties, Sirey, 1821, II, 297; Caen, 1[re] chambre, 3 mai 1836, Deshayes).

Ce n'est donc pas une question de *compensation;* c'est une question de gestion tutélaire, une question de *payement.*

Sans doute, lorsqu'il a en mains comme tuteur une somme suffisante pour se payer intégralement comme créancier, le tuteur ne doit pas différer; on tient le payement pour fait dès le moment même où il a eu cette somme. Et voilà comment on a pu dire que la compensation s'opérait. Mais rigoureusement, je le répète, ce mot est impropre; et le seul tort de Toullier, suivant moi, serait précisément dans l'emploi de ce mot; mais l'erreur, au fond, ne me paraîtrait pas être de son côté (Delvincourt, t. I, p. 118, note 7).

658. — Dans le cas où le tuteur n'aurait pas en mains les deniers suffisants pour se payer lui-même, sa créance continuerait à produire des intérêts, si elle en était déjà productive.

Mais commencerait-elle de plein droit à en produire dès le jour de l'échéance, si elle n'en produisait pas antérieurement?

Delvincourt a enseigné l'affirmative, en se fondant sur les articles 474, 1473 et 2001, desquels il déduit cette règle, savoir : que la loi fait courir les intérêts, de plein droit et sans demande, à l'égard des personnes qui ne peuvent ou ne doivent point former de demande en justice l'une contre l'autre (t. I, p. 118,

note 7; *voy.* aussi L. 3, § 4, ff. *de Contr. tut. et util. act.*).

Mais cette proposition, il faut bien l'avouer, n'est pas très-solidement assise sur ces simples inductions, sur ces analogies plus ou moins contestables.

La règle, au contraire, celle qui est écrite dans la loi, c'est que les intérêts ne courent pas de plein droit, qu'ils ne sont dus que du jour de la demande (art. 1153).

Et tel est, en effet, l'avis de M. de Fréminville, qui enseigne, contre l'opinion de M. Duranton (t. III, n° 566), que le conseil de famille n'aurait aucun pouvoir pour attribuer des intérêts à une créance du tuteur contre le mineur, et qu'il faudrait nécessairement que le tuteur formât une demande contre le subrogé tuteur (t. I, n° 254).

Mais n'est-ce pas là une autre exagération en sens inverse?

Pour notre part, il nous semble que la demande en justice n'est pas indispensable; et nous croyons que le tuteur pourrait faire régler sa créance par le conseil de famille; lequel déciderait si les intérêts doivent lui être servis, ou s'il convient de recourir à un emprunt ou à une aliénation pour le rembourser.

659. — C'est aussi en général sous cette condition, c'est-à-dire sous la condition de l'approbation par le conseil de famille, que les avances faites par le tuteur pour les affaires du mineur, nous paraîtraient susceptibles de pouvoir produire des intérêts.

Le tuteur n'est pas, en effet, un mandataire ordinaire, auquel on doive nécessairement appliquer l'article 2001. Le mandat du tuteur a été réglé par la loi elle-même, par des dispositions spéciales, au nombre desquelles se trouvent les articles 454-457, d'où il résulte que le tuteur ne peut pas seul engager la fortune

du mineur (comp. art. 474; Lyon, 16 fév. 1835, de Glavenas, D., 1835, II, 110; *voy.* aussi de Fréminville, t. I, n° 256).

660. — Delvincourt (t. I, p. 118, note 7) et Toullier (t. II, n° 1220) ont écrit que le tuteur qui, attendu le mauvais état des affaires du mineur, obtient une remise des autres créanciers, est obligé de souffrir, lui-même, une remise égale, à moins qu'il ne soit dans la classe des créanciers qui ne sont pas obligés de suivre la loi commune.

Si cette doctrine suppose que la remise consentie par tous les autres créanciers ou par la majorité des autres créanciers, serait juridiquement obligatoire pour le tuteur, je crois que M. Duranton a pu, avec quelque raison, lui reprocher de discuter sur *la dent d'or* (t. III, n° 567). Car on ne voit guère dans quels cas elle serait susceptible d'application.

Si, en effet, le mineur n'est pas commerçant, la majorité des créanciers ne peut pas imposer une remise quelconque à la minorité, cette minorité fût-elle d'un seul créancier. Les articles 507 et suivants du Code de commerce ne sont applicables qu'aux commerçants.

Que si le mineur est commerçant, c'est qu'il n'est plus en tutelle, et qu'il n'a plus de tuteur (art. 2 C. comm.).

La pensée des auteurs précités a-t-elle éte seulement de dire que le tuteur, qui aurait obtenu des remises des autres créanciers, devrait *a fortiori* consentir lui-même une remise égale et donner l'exemple ?

Cette autre doctrine ne me paraîtrait pas non plus fondée en droit ; et si le tuteur, en effet, n'avait pas consenti la remise et ne voulait pas la consentir, je ne vois pas comment on pourrait l'y contraindre.

661. — C'est le tuteur également, qui est seul chargé

de recevoir tout ce qui est dû au mineur : non-seulement les revenus, fruits ou intérêts, mais les capitaux, sans excepter les remboursements de rentes (en ce qui concerne les anciennes rentes foncières, *voy.* les articles 4 et 11 du titre II de la loi des 18-29 décembre 1790).

Recevoir le payement des dettes actives, est un acte d'administration, et même un acte nécessaire, qui se trouve compris dans le mandat général du tuteur (art. 450); et comme aucun texte ne lui impose, à cet égard, l'obligation de demander l'autorisation du conseil de famille ; comme il résulte au contraire de l'article 464, qu'il peut intenter seul les actions mobilières et par conséquent poursuivre les débiteurs, à fin de payement, nous avons raison d'affirmer qu'il peut recevoir seul ce payement.

La conséquence en est aussi qu'il peut donner valable décharge aux débiteurs, aux cautions, consentir la radiation des inscriptions pour privilége et hypothèque, qui garantissent la créance, dont il reçoit le payement, et même prendre part comme créancier, au nom du mineur, dans un concordat (comp. Cass., 18 juill. 1843, Baër, Dev., 1843, I, 778; Pardessus, *Droit commercial*, n° 1237).

Les débiteurs ne seraient donc pas fondés à exiger du tuteur un emploi quelconque, auquel la loi ne le soumet pas, ni même à refuser de se libérer entre ses mains, en alléguant son insolvabilité (Pothier, *des Personnes*, part. I, tit. VI, art. 3, § 2).

662. — Non-seulement le tuteur peut recevoir, mais il doit exiger le payement aussitôt après l'exigibilité de la dette.

Il s'exposerait, par son retard, 1° à répondre de l'insolvabilité du débiteur, qui serait survenue depuis l'échéance de la dette; 2° à répondre des intérêts légaux

du capital (dans le cas où la dette n'en produirait pas, ou n'en produirait qu'à un taux inférieur), à en répondre, dis-je, depuis l'époque à laquelle il aurait dû en faire l'emploi, s'il l'avait exigé.

663. — Si le débiteur d'une rente constituée se trouvait dans l'un des cas où l'article 1912 permet au créancier de le contraindre au rachat, le tuteur aurait le droit de l'y contraindre; car la rente est mobilière (art. 529); et le tuteur exerce seul toutes les actions mobilières (art. 464).

Ce qu'on peut dire toutefois, c'est que le tuteur ferait bien dans une circonstance aussi grave, de demander l'avis du conseil de famille pour savoir s'il ne convient pas de conserver la rente au mineur plutôt que d'en exiger le remboursement.

664. — Le tuteur, qui serait débiteur du mineur, devrait *a fortiori* payer lui-même sa dette aussitôt après l'échéance.

« Et generaliter quod adversus alium præstare de-
« buit pupillo suo, id adversus se quoque præstare de-
« bet; fortassis et plus ; adversus alios enim experiri
« sine actione non potuit; adversus se potuit.... » (L. 9, § 3, ff. *de Administ. et peric. tut.; voy.* aussi *supra*, n° 656, et notre t. IV, n° 245, p. 318.)

665. — Le tuteur ne peut pas, bien entendu, faire de remise aux débiteurs.

Nous pouvons encore ici fournir un texte précieux du droit romain:

« Tutoribus concessum est a debitoribus pupilli pe-
« cuniam exigere, ut ipso jure liberentur; non etiam
« donare, vel etiam diminuendi causa cum iis transi-
« gere; et ideo eum, qui minus tutori solvit, a pupillo
« in reliquum conveniri posse. » (L. 46, § 7, ff. *de Administ. et peric. tut.*)

666. — Voilà pourquoi il me paraîtrait difficile d'ad-

mettre que le tuteur pût, sans recevoir le payement, consentir la radiation des inscriptions des priviléges et hypothèques qui garantiraient la créance du mineur (art. 2157 ; comp. circulaire du ministre de la justice et du ministre des finances des 29 frimaire et 14 nivôse an XIII, Sirey, t. V, 2, 200 ; Turin, 19 janv. 1811, Tarrichi, Sirey, 1813, II, 359; Cass., 22 juin 1818, Besson, D., *Rec. alph.*, t. IX, v° *Hypoth.*, p. 447 ; Cass., 18 juill. 1843, Baër, Dev., 1843, I, 778; Delvincourt, t. III, p. 182, note 6; Grenier, *des Hypoth.*, t. II, n° 521 ; Troplong, *des Hypoth.*, t. III, 2157, n° 738 *bis ;* Duranton, t. XX, n° 190).

Le sentiment contraire a été, il est vrai, professé par M. Tarrible, dans l'un des articles remarquables qu'il a publiés sur le régime hypothécaire (*Rép. de jurisp.*, t. X, v° *Radiation des hypoth.*, n° 2, p. 583).

Mais la raison, qu'en donne l'auteur, est-elle bien décisive? « Le tuteur, dit-il, peut recevoir les sommes mobilières et les dissiper; la libération n'en est pas moins acquise au débiteur. La responsabilité du tuteur reste seule engagée. »

La *dissipation* des deniers du mineur par le tuteur n'est qu'un fait, ou plutôt qu'un abus, d'où l'on ne saurait évidemment induire une règle et un droit.

Il reste donc que le tuteur ne peut pas consentir de remise, ni en général renoncer gratuitement aux droits acquis au mineur.

Est-ce qu'il pourrait, sans recevoir le payement de la dette, faire remise à la caution de son engagement?

Pourquoi pourrait-il davantage faire remise, soit au débiteur principal, soit à la caution, des hypothèques ou priviléges qui garantissent la créance ?

C'est là le motif qui me touche.

M. Troplong argumente aussi en ce sens, de l'ar-

ticle 464, qui défend au tuteur d'acquiescer à toute demande qui exposerait les droits immobiliers du mineur; et il ajoute « que les droits immobiliers du mineur éprouveraient un préjudice, contre le vœu de la loi, si le tuteur seul consentait à la radiation. » (*Loc. supra cit.*)

Je ne saurais me rallier à cette proposition, qui tend à considérer l'hypothèque comme un droit immobilier. L'hypothèque, qui presque toujours garantit une créance mobilière, n'est en effet elle-même qu'un droit mobilier, ainsi que nous l'établirons plus tard.

D'où je conclus que si, dans quelque circonstance et par quelque motif extraordinaire, on pensait qu'il convînt, dans l'intérêt même du mineur peut-être, de consentir la radiation de l'inscription sans recevoir le payement, l'autorisation du conseil de famille serait suffisante (*voy.* toutefois les lettres ministérielles et l'arrêt de la Cour de Cassation précité).

Car il ne s'agit pas d'emprunter, ni d'hypothéquer, ni d'aliéner un immeuble; et l'article 457 n'est pas dès lors applicable.

Il ne s'agit que d'une mesure, qui affecte le capital du mineur; et nous avons essayé d'établir que dans ce cas, l'autorisation du conseil de famille est tout à la fois nécessaire et suffisante (*supra*, n°s 650, 651).

667. — Toutefois, ce serait aller trop loin, que de dire absolument, comme M. de Fréminville (t. I, n° 264) que le tuteur ne pourrait, de sa propre autorité, proroger le délai dans lequel les débiteurs doivent se libérer.

Le tuteur pourrait, de nouveau, placer le même capital dans les mains du même débiteur.

Or, en réalité, il ne fait que cela, ou plutôt il fait beaucoup moins que cela, en se bornant à proroger le délai de remboursement.

Il faut seulement, comme nous venons de le dire, qu'il ne commette aucune faute, dont le résultat serait de priver le mineur des intérêts ou de compromettre le capital.

668. — Il nous paraît également impossible d'admettre la doctrine de M. Magnin, qui enseigne que « les tuteurs, et généralement tous ceux qui sont chargés des intérêts des incapables, ne peuvent changer ni restreindre, par la novation, leurs droits, priviléges ou hypothèques; et que toute novation de leur part des droits de ceux qui sont sous leur puissance, est nulle de droit. »

Cette doctrine est contraire à toutes les traditions juridiques.

La loi romaine avait dit :

« Cui recte solvitur, is etiam novare potest.... » (L. 10, ff. *de Novationibus.*)

Pothier, dans notre ancien droit, écrivait que :

« Un tuteur, un curateur, un mari peuvent faire novation.... » (*Traité des Obligations*, part. III, chap. II, art. 3, n° 592.)

Et aujourd'hui encore, les principes exigent que le tuteur qui peut, d'une part, recevoir, et, d'autre part, faire emploi de ce qu'il reçoit, puisse, par cela même, en donnant quittance à un ancien débiteur, en accepter un nouveau, ou même recevoir d'un ancien débiteur, qu'il libère, une nouvelle obligation, au lieu et place de l'ancienne (art. 1271 ; *voy.* pourtant de Fréminville, t. I, n° 264 *quinter*).

669. — Nous arrivons à un point très-important de l'administration tutélaire.

Par qui et comment doit être fait l'emploi des deniers du mineur ?

Je ne parle pas du payement des dettes; nous venons de voir (*supra*, n° 653) qu'il est certain que le tuteur

a le droit de les payer seul. C'est là un *emploi*, sans doute, et même le premier qui soit à faire. Avant de prêter ou d'acheter, il faut généralement d'abord payer ce qu'on doit. Mais ce n'est pas de cette espèce d'emploi que nous avons maintenant à nous occuper; il s'agit ici du *placement* des capitaux du mineur, de cette opération qui a pour but de les conserver et de les faire fructifier.

Pothier écrivait, dans l'ancien droit, que « le tuteur doit se donner lui-même le soin de chercher un emploi, soit en acquisition d'immeubles, soit en constitution de rentes.... Et lorsqu'il aura trouvé cet emploi, il peut, sur l'avis de parents convoqués à cet effet devant le juge, se faire autoriser par une ordonnance à le faire. » (*Des Personnes*, part. I, tit. VI, art. 4; ajout. Bourjon, *Droit commun de la France*, t. I, p. 51.)

Et cette doctrine, généralement suivie à cette époque, était fondée sur l'ordonnance de 1560, article 102, qui prescrivait au tuteur d'employer les capitaux pupillaires en acquisition d'héritages ou de rentes.

On permettait toutefois, dans certaines provinces, au tuteur de placer les deniers pupillaires à intérêts, même *ad tempus*, et sans aliénation du capital. Cette exception à la règle, qui considérait tout intérêt de ce genre comme usuraire, reposait sur ce motif que le tuteur étant responsable envers le mineur du défaut d'emploi de ses capitaux, le profit qu'il en retirait avait seulement à son égard, pour cause et pour résultat, de le garantir d'une perte.... *propter damnum emergens*.

Ce motif, sans doute, n'était pas très-péremptoire, en ce qui concernait l'emprunteur. Aussi l'exception n'était-elle pas unanimement admise; elle avait même été proscrite par des arrêts de parlement (Meslé, part. I,

chap. VIII, n° 34); et Pothier n'hésitait pas à déclarer ces baux et intérêts *manifestement usuraires* (*des Personnes*, part. I, tit. VI, art. 4).

670. — Le Code Napoléon ne renferme, sur ce sujet, aucune disposition spéciale; et de son silence même, je crois qu'il faut déduire ces deux conséquences :

1° Que le tuteur a qualité pour faire seul, et sans autorisation du conseil de famille, l'emploi des deniers du mineur;

2° Qu'il peut faire cet emploi, soit en immeubles, soit en rentes, soit en prêts ordinaires, de la manière qui lui paraît la plus sûre et la plus avantageuse.

Je dois reconnaître toutefois que ces propositions ne sont pas tout à fait conformes à la doctrine de plusieurs jurisconsultes :

« Dans le silence du Code, dit Toullier, toutes ces questions sont abandonnées à la prudence du magistrat. » (T. II, n° 1221.)

Plus récemment, M. Taulier a écrit que le silence de la loi sur le mode d'emploi que le tuteur doit préférer, prouve qu'elle se repose de ce soin sur le conseil de famille, qui peut lui-même s'en rapporter à la sagesse du tuteur (t. I, p. 65).

Et Marcadé enseigne non moins formellement que « c'est au conseil de famille, en précisant la somme pour laquelle l'emploi devient nécessaire, de déterminer le mode de cet emploi; il dira s'il doit se faire en acquisition d'immeubles, en achat de rentes, etc. Que si le conseil n'a rien déterminé à cet égard, le tuteur trouve dans son droit d'administration le pouvoir et le devoir de choisir lui-même le mode de placement. » (T. II, art. 456, n° 2.)

Qu'il soit convenable et prudent, de la part du tuteur, afin de mettre le plus possible à couvert sa res-

ponsabilité, de demander l'avis du conseil de famille, cela n'est pas douteux, surtout lorsqu'il s'agit d'un emploi de quelque importance.

Je crois même aussi que le conseil de famille pourrait prendre l'initiative, à cet égard, et indiquer au tuteur le mode d'emploi qui lui paraîtrait le plus utile dans l'intérêt du mineur; et que, dans ce cas, la responsabilité du tuteur devrait être sévèrement appréciée, si, au lieu de l'emploi indiqué par le conseil de famille, il en avait fait un autre qui ne fût pas aussi bon et aussi convenable.

Mais nous savons que toutes ces questions, relatives aux pouvoirs du tuteur, présentent presque toujours deux points de vue :

L'un, qui concerne les rapports, la responsabilité personnelle du tuteur vis-à-vis du mineur;

L'autre, qui concerne les rapports du tuteur avec les tiers, et la validité ou la nullité de l'acte lui-même.

Or, il nous semble que cette seconde branche de notre question, qui n'est pas sans doute la moins importante, n'a pas reçu, peut-être, dans les opinions que nous venons de citer, une solution assez nette.

Le tuteur a-t-il, oui ou non, qualité envers les tiers pour faire seul l'emploi des fonds appartenant au mineur? Les contrats passés par lui, pour cette cause, les acquisitions d'immeubles, par exemple, sont-ils obligatoires pour le mineur, sauf à celui-ci, s'il y a lieu, son recours en dommages-intérêts contre le tuteur?

Je crois, pour ma part, que cette question doit être résolue, sous notre Code, par l'affirmative.

Aucun texte, en effet, n'impose au tuteur l'obligation de prendre l'avis du conseil de famille pour faire valablement, à l'égard des tiers, l'emploi des capitaux du mineur; et dès lors, d'après le principe que nous

avons établi (*supra*, n° 635), il a le pouvoir de le faire seul. Les articles 455 et 456, qui d'ailleurs ne sont textuellement relatifs qu'à l'excédant des revenus sur la dépense, ne renferment rien d'où l'on puisse induire que le tuteur n'a pas qualité pour faire seul l'emploi des fonds. Au contraire, leur silence même, à cet égard, est un argument de plus pour la thèse qui reconnaît ce pouvoir au tuteur. Ajoutons enfin que l'emploi ou le remploi sont des actes d'administration, des actes importants, sans doute, mais aussi des actes nécessaires.

Si donc le tuteur a acheté un immeuble au nom du mineur, il faudra appliquer la doctrine que nous exposerons bientôt, sur l'effet des actes valablement passés par le tuteur, au nom du mineur, dans les limites de son mandat (*supra*, n[os] 812 et suiv.). C'est-à-dire que le mineur sera engagé envers le vendeur, et que le tuteur, s'il n'a contracté qu'en cette qualité, ne sera pas lui-même engagé personnellement (art. 1997).

Le mineur ne pourra pas soutenir, soit contre le vendeur, que le contrat est nul faute de pouvoir de la part du tuteur; soit contre son tuteur, qu'il doit garder pour lui l'immeuble et restituer le capital.

En refusant au mineur le droit d'attaquer la vente contre le vendeur, je suppose, bien entendu, que la vente a eu lieu de bonne foi; qu'elle n'a pas été faite par le tuteur collusoirement avec le vendeur, à des conditions préjudiciables pour le mineur, afin, par exemple, de débarrasser le vendeur d'un immeuble onéreux, dont il ne trouvait pas à se défaire.

Il est bien clair que s'il en était ainsi, que si la vente avait eu lieu comme le dit la loi romaine, *per sordes aut gratiam* (L. 7, § 2, ff. *de Adm. et peric. tut.*), le mineur pourrait demander la nullité du con-

trat, même contre le vendeur complice de cette fraude; mais ce serait là une autre question.

Pareillement, lorsque je refuse au mineur le droit de laisser pour le compte personnel du tuteur, l'acquisition faite par celui-ci, je suppose qu'il n'a pas commis une de ces fautes qui mériteraient, en effet, qu'on lui en fît supporter toutes les conséquences.

Si, au contraire, l'acquisition faite par lui, était telle, si peu sensée et si préjudiciable, il se pourrait que sa responsabilité fût engagée même jusqu'à ce point. Mais ce serait là aussi une autre question, une question de responsabilité, non pas un défaut de pouvoir de la part du tuteur (Duranton, t. III, n°s 568-570; Proudhon et Valette, t. II, p. 370 et 375; de Fréminville, t. I, n°s 538, 539; Zachariæ, t. I, p. 223, note 21).

671. — Aucun texte n'exige non plus que l'emploi ou le remploi soit fait par le tuteur en présence du subrogé tuteur; or, quand la loi a voulu que le subrogé tuteur fût présent à l'une des opérations de la tutelle, elle n'a pas manqué de s'en expliquer.

Il est vrai que l'article 1068 exige que l'emploi des fonds compris dans la substitution autorisée par les articles 1048, 1049, soit fait par le grevé, en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution.

Mais cette disposition ne se trouve pas dans le titre *de la Tutelle*; et nous avons déjà remarqué, et nous aurons occasion de remarquer encore qu'il n'y a pas lieu de transporter dans notre titre, les dispositions de cette matière tout exceptionnelle.

672. — Il est toutefois certaines circonstances dans lesquelles le mode d'emploi pourrait être déterminé soit par le conseil de famille, soit par le tribunal.

Je veux parler des cas prévus par les articles 457 et 460.

Nous avons déjà mentionné cette exception, ou plutôt cette modification que reçoit la règle générale, d'après laquelle le tuteur a qualité pour faire seul l'emploi des capitaux (*voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 602, et *supra*, n° 149); et quoique cette exception elle-même pût être contestée (Chardon, *de la Puiss. tutél.*, t. III, n° 493), nous croyons néanmoins qu'elle est exacte.

La Cour de Cassation nous paraît l'avoir très-bien démontré :

« Attendu, en droit, que, quand il y a nécessité de vendre les biens immeubles d'un mineur, il appartient soit au conseil de famille, dans le cas prévu par l'article 457 du Code Napoléon, soit aux tribunaux dans le cas prévu par l'article 460, même Code, de déterminer les conditions de la vente, et que le vœu de la loi est que l'avantage du mineur soit l'objet principal et essentiel de ces conditions;

« Attendu que les conditions les plus importantes d'une vente judiciaire doivent porter sur le prix; que spécialement, lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce, d'une licitation provoquée par un majeur contre un mineur, et dont l'effet immédiat, pour ce dernier, est de convertir son patrimoine immobilier en créances mobilières, il est du devoir des tribunaux et des conseils de famille de prescrire les mesures les plus propres à assurer la conservation des capitaux. » (20 juin 1843, Royer, Dev., 1843, I, 651.)

Ce moyen que l'arrêt a déduit de l'article 460, dans une espèce où il s'agissait de la licitation d'un immeuble provoquée par un majeur contre le mineur, ce moyen, disons-nous, ressort encore avec plus de force de l'article 457, où il s'agit d'une aliénation

faite librement par les représentants du mineur, et pour laquelle le conseil de famille est chargé par le texte même d'examiner les causes de la vente, aussi bien que de l'emprunt ou de l'hypothèque, d'apprécier s'il y a avantage ou nécessité, et en conséquence, d'indiquer toutes les *conditions qu'il jugera utiles*.

Il est clair, dans ce cas, que la cause de l'aliénation et le mode d'emploi du prix sont corrélatifs et inséparables, comme la cause de l'emprunt et la destination des deniers empruntés; et dès lors, le conseil de famille chargé d'apprécier ces causes et d'accorder ou de refuser, par suite, son autorisation, est par cela même chargé de déterminer la destination et le mode d'emploi du prix.

Ajoutons enfin que l'article 13 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique, confère formellement au tribunal, dans le cas par lui prévu, le droit d'*ordonner les mesures de conservation ou de remploi qu'il juge nécessaires* (*infra*, nº 734; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 410; Massé et Vergé, t. I, p. 434).

673. — En dehors de l'exception qui précède, la règle générale est donc, que le tuteur peut faire seul l'emploi des fonds appartenant au mineur.

Et comme aucun texte ne détermine la forme ni le mode de cet emploi, il s'ensuit que le tuteur peut le faire, sous sa responsabilité personnelle, de la manière qui lui paraît être la plus utile et la plus avantageuse pour le mineur :

Par acte authentique, ou même par acte sous seing privé;

En acquisition d'immeubles, ou de rentes soit sur l'État, soit sur particuliers; en achat d'actions dans les compagnies des finances ou d'industrie; en prêt

sur particuliers, avec ou sans caution, avec ou sans privilége ou hypothèque.

Il est vrai que, d'après l'article 1067, l'emploi des fonds compris dans une substitution, ne peut être fait qu'*en immeubles ou avec privilége sur des immeubles*.

Mais aucun texte semblable n'existe en ce qui concerne le tuteur; et nous avons déjà dit qu'il n'y avait pas lieu de transporter dans notre sujet les dispositions spéciales, que le Code Napoléon n'applique qu'à la matière exceptionnelle des substitutions (*supra*, n° 671).

En conséquence, un prêt consenti par le tuteur, même par acte sous seing privé et sans caution ni hypothèque, pourrait ne pas engendrer de responsabilité contre lui, lors même que le débiteur serait ensuite devenu insolvable, si, au moment du prêt, les circonstances étaient telles, qu'il n'y aurait eu en effet aucune imprudence de sa part, et qu'un bon père de famille eût agi comme lui, surtout si la somme ainsi prêtée n'était pas importante (comp. Cass., 10 déc. 1851, Lambour, Dev., 1852, I, 727).

Néanmoins, le tuteur fera bien, pour sa propre garantie, de prendre des sûretés, le plus qu'il le pourra, et de ne prêter en général que sur hypothèque ou cautionnement.

La plupart des auteurs le disent (Toullier, t. II, n° 1221; Duranton, t. III, n° 570); et je ne crois pas qu'ils méritent, en cela, le reproche que leur adresse M. Chardon, d'*effrayer ainsi les tuteurs* (t. III, n° 493).

Ils ne font que leur donner un sage conseil et un avertissement utile.

674. — C'est au nom du mineur et comme son représentant, que le tuteur doit toujours agir, et par conséquent qu'il doit faire l'emploi des fonds, les prêts, les acquisitions, etc.

Et lorsqu'il a ainsi traité, les actes passés par lui au

nom du mineur sont réputés, en effet, avoir été passés par le mineur lui-même.

De là deux conséquences importantes :

1° Le mineur ne peut pas régulièrement laisser ces actes au compte du tuteur ; à moins que celui-ci n'ait commis quelque faute, qui puisse avoir contre lui ce résultat ; mais c'est alors une exception et une question de responsabilité.

2° Les tiers, avec lesquels le tuteur a traité, n'ont pour débiteur (ou pour créancier) que le mineur lui-même ; et le tuteur n'est pas personnellement obligé, lors même qu'il aurait dépassé ses pouvoirs, si d'ailleurs il n'a pas laissé ignorer aux tiers la qualité dans laquelle il contractait avec eux (comp. art. 1997, 1560).

675. — Que si le tuteur avait fait le placement ou l'acquisition en son nom personnel, il faudrait en déduire les deux conséquences contraires :

1° L'affaire serait aux risques du tuteur, qui supporterait personnellement l'insolvabilité des débiteurs, ou la ruine, même par cas fortuit, des biens achetés.

Toutefois nous croyons que le mineur aurait le droit, vis-à-vis de son tuteur, de réclamer le bénéfice de l'emploi, auquel celui-ci aurait employé ses fonds ; car c'est une faute de la part du tuteur, de consacrer à son profit personnel les deniers du pupille ; il n'en doit donc pas tirer avantage, et lorsque le mineur lui déclare qu'il le considère comme ayant été son fidèle représentant et son loyal mandataire, le tuteur n'a rien à répondre ; il ne serait pas recevable à répliquer qu'il a violé ses devoirs et qu'il entend profiter de cette violation (L. 2, Cod. *Quando ex facto tut.*).

Seulement le mineur en ce cas devrait, en général, prendre toute l'affaire ; et il ne serait pas équitable qu'il prît pour lui le bénéfice en laissant au tuteur les pertes. Il doit donc, sur chaque opération distincte,

aut in totum agnoscere aut ex toto recedere (comp. L. 16, ff. *de Adm. et peric. tut.;* Meslé, part. I, chap. VIII, n° 31 ; art. 1850).

2° Le tuteur qui a traité en son nom personnel avec les tiers est, bien entendu, personnellement obligé et serait même seul personnellement obligé envers eux.

676. — M. Taulier enseigne que *le tuteur, même avec l'autorisation du conseil de famille, ne peut pas employer l'argent du mineur en acquisitions d'immeubles* (t. I, p. 66).

L'auteur fonde cette proposition sur deux motifs : sur la nature des choses, dit-il, et sur l'intérêt même du mineur.

Sur la nature des choses, parce que l'emploi, dont le résultat est de dénaturer l'objet, et de convertir des capitaux en immeubles, ne serait plus un acte d'administration ;

Sur l'intérêt du mineur, parce qu'il se pourrait très-souvent que le mineur, parvenu à sa majorité, eût à souffrir de cette substitution d'immeubles à ses capitaux, qui lui ôterait les moyens d'entreprendre un commerce et de se livrer à des spéculations.

Nous croyons que cette doctrine de l'honorable auteur ne compte guère de partisans ; et elle nous semble effectivement tout à fait inadmissible.

D'abord, que l'acquisition d'un immeuble doive être considérée comme un emploi, et par suite comme un acte d'administration de la part du tuteur, cela nous paraît certain. C'est ainsi qu'autrefois, les tuteurs étaient même en général tenus d'employer *en héritages* les deniers pupillaires ; c'est ainsi que l'article 1067, que nous citions tout à l'heure (*supra*, n° 673), considère l'acquisition d'immeubles comme un emploi ; et telle est en effet l'opinion unanime, fondée sur les mœurs,

sur les plus anciens usages de la pratique, et nous pouvons le dire aussi à notre tour, sur la nature des choses. C'est méconnaître entièrement les vues du Code Napoléon, sa prédilection si extrême pour les immeubles, que de soutenir qu'il s'est écarté de ces principes.

Le Code Napoléon défend bien de convertir les immeubles en capitaux (art. 457); mais il ne défend nulle part la conversion des capitaux en immeubles.

Quant à l'intérêt du mineur, nous croyons qu'il serait au contraire fort compromis par cette doctrine absolue, qui refuse au tuteur la faculté d'acheter, même avec l'autorisation du conseil de famille, un immeuble pour le mineur, lors même que l'acquisition serait tout à fait avantageuse et à sa convenance. Ne vaut-il pas bien mieux, dans l'intérêt du mineur, laisser au tuteur, sous sa responsabilité personnelle, le soin d'apprécier les circonstances et d'employer ou de ne pas employer ses deniers en acquisition d'immeubles?

Sans doute, il se peut qu'il convienne de conserver les capitaux du mineur; et Meslé déjà, dans l'ancien droit, remarquait que *l'acquisition des rentes ou fonds se ferait souvent au préjudice des mineurs, qui ont intérêt que leurs deniers ne soient pas hors de leur disposition au temps de leur majorité* (part. I, chap. VIII, n° 34).

Aussi ne voulons-nous pas nous-même que l'acquisition en immeubles soit l'emploi nécessaire des fonds du mineur; et voilà pourquoi nous n'appliquons pas ici l'article 1067.

Nous demandons seulement que ce mode d'emploi soit possible comme tout autre.

677. — M. Duranton va même plus loin; il enseigne que le tuteur pourrait acheter un immeuble,

sans avoir en mains de quoi payer le prix, et que cette acquisitio serait obligatoire pour le mineur, qui serait tenu de payer le prix au vendeur, aux échéances convenues entre le tuteur et lui (t. III, n° 570).

Cette opération sans doute pourrait être utile au mineur, s'il s'agissait, comme on le suppose, d'acquérir un immeuble parfaitement à sa convenance, et de ne pas laisser échapper une occasion qui pourrait ne plus se représenter.

Mais néanmoins nous ne saurions admettre, en principe, que le tuteur ait ce pouvoir.

C'est parce qu'il est chargé de faire l'emploi des fonds libres et disponibles, que le tuteur peut faire seul des acquisitions d'immeubles obligatoires pour le mineur ;

Or, l'acquisition, dont il s'agit, ne constitue pas un emploi, un placement, une *collocation* enfin ;

Donc, notre moyen nous échappe.

Et, au contraire, nous nous trouvons en face d'une autre règle, que nous avons établie plus haut ; à savoir que le tuteur n'a pas qualité pour contracter seul, au nom du mineur, des obligations personnelles, qui seraient de nature à entamer les capitaux du mineur (*supra*, n°s 650, 651).

L'autorisation du conseil de famille nous paraîtrait donc alors nécessaire.

M. Chardon, qui combat aussi le sentiment de M. Duranton, enseigne qu'il faudrait, en ce cas, observer l'article 457, et obtenir tout à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

« *Cette acquisition à crédit ne serait-elle pas en effet,* dit l'auteur, *un emprunt que le tuteur ferait au vendeur au lieu de le faire d'un tiers?* » (*De la Puiss. tutél.*, t. III, n° 496.)

Mais il importe de ne pas confondre les caractères juridiques des différents contrats ; une vente n'est pas un prêt (comp. art. 1582, 1874, 1892) ; et le tuteur, qui achète même à crédit, n'emprunte pas.

Il contracte, à la vérité, une obligation personnelle ; mais nous ne sommes point néanmoins dans l'hypothèse de l'article 457 ; et par les motifs que j'ai présentés plus haut, je crois que l'autorisation du conseil de famille est seule nécessaire.

Le tuteur ne peut acheter seul des immeubles qu'au comptant et qu'à titre d'emploi ; et nous lui appliquons ainsi la même doctrine que nous avons plus amplement développée, sur les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 157).

Il y a, en effet, une assez grande analogie entre ces deux sujets ; et la question de savoir quels actes la femme séparée de biens peut faire seule, sans autorisation, se rapproche assez souvent de la question de savoir quels actes le tuteur aussi peut faire seul.

Par exemple, nous ne croyons pas que le tuteur ait plus que la femme séparée de biens, le pouvoir de placer les capitaux du mineur en rente viagère ou de les employer à l'acquisition d'un usufruit (*voy.* notre t. IV, n° 158).

Ce serait là une aliénation absolue des capitaux, sans compter qu'une opération de ce genre, très-insolite pour un mineur, serait le plus souvent un acte de fort mauvaise gestion (*voy.* à cette occasion, Caen, 17 juin 1845, Bonpain, Dev., 1848, II, 134, comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 412).

678. — Le tuteur pourrait-il exercer seul, au nom du mineur, le retrait, soit de droits successifs (art. 841), soit de droits litigieux ? (Art. 1699.)

Qu'il ne puisse pas contracter seul, pour l'une ou

l'autre de ces causes, des obligations personnelles au nom du mineur, c'est un point qui nous est acquis (*supra*, nos 650, 651).

Mais, que décider, s'il avait en mains les fonds suffisants pour acquitter le prix de l'acquisition qu'il ferait de droits successifs ou litigieux?

Si on voyait, dans ces sortes d'opérations, un emploi, un placement des deniers du mineur, le tuteur aurait le droit de les faire seul.

Mais est-ce bien là leur véritable caractère?

Le retrait de droits successifs ou de droits litigieux n'est-il pas plutôt un contrat *sui generis*, un traité, une affaire, *negotium*, comme diraient les Romains?

Le placement, l'emploi ont pour but premier et prédominant la collocation et la conservation du capital. Le contrat quelconque, prêt ou achat, n'est alors que le moyen.

Ici, au contraire, le but n'est pas l'emploi des fonds; le but, c'est l'achat lui-même; et cet achat est une opération qui peut avoir des chances, et qui loin de servir d'emploi au capital du mineur, pourrait même plus d'une fois le compromettre et l'entamer.

Ajoutons, pour le retrait de droits litigieux, qu'il implique l'abandon des moyens que le mineur aurait pu opposer aux prétentions qu'on élevait contre lui.

Et de ces divers moyens, le mieux serait de conclure que ces deux opérations dépassent les pouvoirs du tuteur, et qu'elles ne peuvent avoir lieu qu'avec l'autorisation du conseil de famille (comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 10; Chardon, *Puiss. tutél.*, t. III, nos 404, 405; Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Tutelle*, n° 217; Augier, *Encyclop. des juges de paix*, t. V, v° *Tutelle*, § 2, art. 3, n° 5).

679. — La même solution nous paraît applicable à la question de savoir si le tuteur peut faire seul, soit

avant, soit après le tirage, un traité au nom du mineur, avec un entrepreneur ou une compagnie pour le remplacement militaire, ou un *Traité d'exonération* avec l'État.

Ce n'est point là, en effet, un placement ni un emploi.

C'est un traité, un arrangement qui, en général, peut entamer le capital du mineur, et qui semble, dès lors, d'après le principe que nous avons posé, ne pouvoir être fait par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

680. — Le tuteur peut aussi agir seul en justice au nom du mineur.

Cette proposition toutefois n'est exacte qu'avec la distinction suivante :

S'agit-il d'actions immobilières?

Le tuteur peut seulement y défendre sans l'autorisation du conseil de famille; mais il n'a pas qualité pour les introduire comme demandeur, ni pour y acquiescer, sans cette autorisation (art. 464; *infra*, nº 710).

681. — Il en est de même d'une action en partage. Le tuteur, qui peut répondre sans l'autorisation du conseil de famille à une demande de ce genre provoquée contre le mineur, a besoin au contraire de cette autorisation pour la former lui-même (art. 465).

L'article 840, qui déclare que pour être définitifs, les partages doivent être faits *par les tuteurs avec l'autorisation du conseil de famille*, semblerait, il est vrai, ne pas distinguer entre le cas où le tuteur ne fait que défendre à la demande en partage, et le cas où il l'a lui-même provoquée.

Mais cette distinction n'en doit pas moins être maintenue : d'abord parce qu'elle est fondée en raison; parce que nul n'étant forcé de rester dans l'indivision (art. 815), le conseil de famille ne pourrait pas refuser

au tuteur l'autorisation de defendre à la demande formée contre lui, et que dès lors il est bien inutile de la lui demander; ensuite, parce que l'article 465, placé au siége même de la matière, formule expressément cette distinction, que l'article 840, dans sa disposition générale et complexe, n'abroge pas du tout, et se borne à ne pas mentionner.

682. — Mais aussi le tuteur ne peut jamais provoquer, sans autorisation, un partage, lors même qu'il ne s'agirait que de biens meubles.

Telle est, du moins, la conséquence qui nous paraît résulter du rapprochement des articles 464, 465, et des termes absolus de ce dernier article (*infra*, n[os] 720, 747 et 779).

C'est qu'en effet, dans tous les cas, la question de savoir s'il convient de provoquer actuellement le partage ou d'attendre la majorité du mineur ou même une autre époque, cette question est fort grave. Les partages judiciaires entraînent des frais considérables; et ces frais sont nécessaires dans tous les cas où un mineur est intéressé dans le partage, sans distinguer si le tuteur forme lui-même la demande, ou s'il ne fait qu'y défendre (art. 966 et suiv. procéd.).

On a donc voulu que le conseil de famille fût toujours appelé à décider de l'opportunité de la demande dont le tuteur voudrait prendre l'initiative, contre les copropriétaires du mineur, lorsque ceux-ci gardent le silence.

683. — S'agit-il, au contraire, d'actions mobilières?

Le tuteur a qualité, non-seulement pour y défendre, mais encore pour les former, comme demandeur, sans autorisation (arg. de l'article 464; Riom, 15 avril 1809, Cottard, D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Tutelle*, p. 740, n° 39).

Et il peut, en conséquence, recourir aux différents moyens nécessaires à la défense du mineur, comme, par exemple, à une inscription de faux (comp. Toulouse, 2 mai 1827, Cuzard, D., 1827, II, 87; Cass., 27 mars 1832, Roche, D., 1832, I, 149; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 417).

684. — Aux termes de l'article 464, le tuteur ne peut pas, sans l'autorisation du conseil de famille, acquiescer à une demande relative aux droits immobiliers du mineur.

Nous croyons qu'on a eu raison d'en conclure qu'il ne pourrait pas non plus, sans cette autorisation, se désister de l'appel qu'il aurait interjeté dans une instance relative à ces mêmes droits (Bruxelles, 23 nov. 1806, Vanvolxem, Sirey, 1807, II, 1242; Douai, 17 janv. 1820, Poiteau, Sirey, 1821, II, 117; Limoges, 22 avril 1839, Labesse, Dev., 1839, II, 521; Magnin, t. I, n° 698; Carré, *de la Procéd.*, t. II, n° 1452; Bioche et Gouget, *Dict. de procéd.*, n°s 25 et 33).

La Cour d'Agen a toutefois rendu une décision contraire (15 déc. 1844, Rodière, Dev., 1845, II, 229).

Le tuteur avait la faculté, seul et sans autorisation, d'appeler ou de ne point appeler du jugement rendu contre le mineur; et dès lors on ne comprendrait pas qu'il n'eût pas aussi la faculté, seul et sans autorisation, de se désister de l'appel par lui interjeté (comp. aussi Cass., 21 nov. 1849, Lefebvre, Dev., 1849, I, 757).

Tel est le motif de l'arrêt de la Cour d'Agen.

Mais ce motif ne nous paraît pas péremptoire.

Autre chose est de ne point porter l'appel d'un jugement, qui passe alors, par la seule autorité de la loi, en force de chose jugée; et encore le défaut d'appel pourrait soulever une question de responsabilité personnelle contre le tuteur.

Autre chose, de se désister d'un appel, qui avait remis en question la chose jugée en première instance, et rétabli légalement entre les parties l'égalité de la lutte judiciaire. Le désistement alors constitue, en réalité, un acquiescement à ce jugement, qui n'avait plus, à lui seul, la force de la chose jugée (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 488).

Et puis, sous un autre point de vue plus général, le tuteur peut-il seul se désister de l'appel, sans le concours du subrogé tuteur?

A quoi donc servirait alors la signification du jugement qui doit être faite à ce subrogé tuteur? (*Infra*, n° 685.)

685. — C'est par ce dernier motif qu'il nous paraîtrait difficile d'admettre que, même dans une instance seulement relative aux droits mobiliers du mineur, le tuteur pût se désister seul de l'appel par lui formé, et même acquiescer tout d'abord au jugement.

Il semble bien, à la vérité, résulter de l'article 464, que le tuteur peut acquiescer seul à une demande relative aux droits mobiliers du mineur; et il pourrait paraître bien étrange qu'il ne puisse pas acquiescer au jugement, qui a déclaré cette demande fondée contre le mineur (Chardon, *Puiss. tutél.*, t. III, n° 485; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 418).

Comment répondre à cette objection?

La Cour de Paris, en invoquant l'article 467, me paraît avoir confondu deux faits juridiques distincts : la transaction et l'acquiescement (Paris, 9 mai 1834, Luguet, D., 1834, II, 240).

Les Cours de Nancy et de Paris (2e chambre) se sont fondées sur un autre moyen (comp. Nancy, 25 août 1837, Navelle, Dev., 1839, II, 151; Paris, 23 février 1840, Racine, Dev., 1840, II, 375).

Ces arrêts disent:

Aux termes de l'article 444 du Code de procédure, les délais d'appel ne courent contre le mineur non émancipé que du jour où le jugement a été signifié, tant au tuteur qu'au subrogé tuteur; et cette disposition, qui appelle ainsi le subrogé tuteur à l'appréciation du jugement, ne peut pas devenir illusoire par le fait du tuteur;

Or, précisément elle deviendrait illusoire, si le tuteur pouvait donner au jugement un acquiescement précipité, irréfléchi, et peut-être frauduleux;

Donc, le tuteur ne peut pas y acquiescer sans le concours et l'adhésion du subrogé tuteur (*voy.* aussi Delvincourt, t. I, p. 120, note 6; de Fréminville, t. II, n° 786).

Comme on le voit, ce n'est pas l'autorisation du conseil de famille qui, d'après cette doctrine, est alors nécessaire au tuteur; c'est l'assentiment du subrogé tuteur; tandis que d'autres, qui ne veulent pas non plus permettre au tuteur d'acquiescer au jugement qui statue sur une action mobilière, exigent, dans ce cas, l'autorisation du conseil de famille (Pigeau, *Procéd. civ.*, t. II, p. 563; Carré, *Lois de la procéd.*, t. II, p. 314).

Cette dissidence même devient, il faut bien l'avouer, une objection contre la doctrine tout entière. Toutefois nous sommes, pour notre part, très-touché de l'argument qui consiste à dire que la signification, qui doit être faite au subrogé tuteur, d'après l'article 444 du Code de procédure, ne saurait être une formalité dérisoire; et s'il est vrai, comme nous l'avons cru (*supra*, n° 373), que le subrogé tuteur n'ait pas le droit direct et absolu de porter l'appel, du moins ne faut-il pas admettre que le tuteur ait, de son côté, le droit absolu d'acquiescer et de se désister, de manière à rendre complétement inutile le concours du subrogé

tuteur, qui pourrait obtenir, au contraire, du conseil de famille, une délibération décidant qu'il y a lieu de porter l'appel du jugement.

L'article 464 du Code Napoléon ne doit donc pas être séparé de l'article 444 du Code de procédure, par lequel sa disposition nous paraît avoir été, sous ce rapport, modifiée.

686. — Le tuteur, avons-nous dit, peut répondre seul à toutes les actions, soit mobilières, soit immobilières.

Mais il ne peut intenter seul que les actions mobilières;

Et il a besoin, pour exercer les actions immobilières, de l'autorisation du conseil de famille.

Maintenant, dans quels cas une action est-elle mobilière?

Dans quels cas, immobilière?

Cette question n'est plus de notre sujet.

Qu'il nous suffise de dire que le caractère de l'action, sous ce rapport, s'apprécie, non pas à raison de l'importance ou de la valeur plus ou moins grande de son objet, mais uniquement à raison du caractère de cet objet, suivant qu'il est lui-même meuble ou immeuble (comp. art. 526 et 529).

C'est ainsi, entre beaucoup d'exemples, que l'on a décidé avec raison :

Que le tuteur peut former seul, au nom du mineur, une demande, afin d'obtenir une pension alimentaire (comp. Montpellier, 4 thermidor an XII, Andrieu, Sirey, IV, II, 179; Grenoble, 13 thermidor an XIII, Pison, Sirey, 1807, II, 1240; Metz, 19 août 1824, N. C. Bouvin, D., 1833, II, 163);

Qu'il peut également aussi, sans autorisation, exproprier les biens du débiteur du mineur, afin d'obtenir le recouvrement d'une créance mobilière (Bruxelles,

25 nov. 1806, Degrez, Sirey, 1807, II, 1242; Duranton, t. XXI, n° 33; Zachariæ, t. I, p. 233).

686 *bis.* — La Cour de Bordeaux a jugé que le tuteur a qualité pour régler, sans autorisation du conseil de famille ni permission de justice, un compte relatif aux biens du mineur (27 mars 1833, Sudrié, Dev., 1833, II, 345; Caen, 30 déc. 1843, Fanet, *Rec. des arrêts de Caen*, t. VII, p. 67).

Cette solution, si grave qu'elle soit, nous paraît résulter logiquement du principe général qui gouverne ce sujet, et que nous avons posé plus haut (n° 635).

687. — Au point où nous en sommes, il n'est pas douteux que le tuteur peut exercer seul tous les actes conservatoires :

Requérir, par exemple, toutes inscriptions ou transcriptions (art. 940, 1057, 1069, 2134, 2181; loi du 23 mars 1855, sur la transcription, etc.);

Faire assurer les biens du mineur (Quesnault, *des Assurances*, n°s 133, 206, 207; E. Persil, n°s 131 et suiv.); et même cet acte de sage prévoyance est si bien entré aujourd'hui dans nos mœurs et dans nos habitudes, que le tuteur pourrait, suivant les cas, être déclaré responsable envers le mineur, pour ne l'avoir pas fait (comp. de Fréminville, t. I, 442; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 409);

Interrompre les prescriptions, non-seulement celles qui courent contre les mineurs, mais encore toutes les autres (art. 2251). Nous n'exceptons même pas le cas où il s'agirait de droits immobiliers.

Il est vrai que le tuteur ne peut pas, sans autorisation du conseil de famille, introduire en justice une action relative à ces sortes de droits (art. 464).

D'où peut-être l'adversaire du mineur pourrait vouloir conclure que la demande formée par le tuteur

seul, est nulle pour défaut de forme, et qu'elle n'a pas dès lors interrompu la prescription (art. 2247).

Mais cet argument ne nous paraît pas solide.

Le tuteur est le mandataire général du mineur, et il a qualité pour agir en son nom toutes les fois qu'il est de l'intérêt du mineur qu'on agisse. Les formalités et les conditions auxquelles la loi a soumis ce mandat, ont été introduites dans le seul intérêt du mineur et elles ne doivent pas être retournées contre lui. Elles ne concernent pas les tiers; ceux-ci sans doute sont fondés à opposer au tuteur une fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation; ils sont fondés à refuser d'aller plus loin et d'engager avec lui la lutte judiciaire. Mais voilà tout; la mesure de leur intérêt est la mesure de leur droit, et il suffira au tuteur pour détruire toute objection de la part des tiers, d'obtenir du tribunal un délai afin de se procurer l'autorisation du conseil de famille (*voy.* aussi notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II n° 351).

Remarquez, en outre, que l'article 2247 est ici mal à propos invoqué, puisqu'il s'applique seulement aux nullités de forme, et non pas à l'incapacité de la partie (*infra*, n° 809; comp. Cass., 5 janv. 1858, Léon Beer C. Cahen, *J. du P.*, 1859, p. 461; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 416; Massé et Vergé, t. I, p. 443; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 274).

688. — C'est une question controversée que celle de savoir si le tuteur peut intenter seul les actions possessoires.

Ces actions, en effet, sont immobilières; d'où l'on a conclu que l'article 464 était applicable, et que l'autorisation du conseil de famille était nécessaire au tuteur (Carré, *des Justices de paix*, t. II, p. 429, et *Traité de la Compétence*, t. VI, n° 438; Chardon, *Puiss. tutél.*, t. III, n° 479).

Delvincourt, après avoir enseigné d'abord cette doctrine (édit. de 1819, t. I, p. 120, note 6), a ensuite distingué entre les actions possessoires ayant pour objet des immeubles et celles qui concernent des universalités de meubles (édit. de 1824); il n'exige l'autorisation du conseil de famille que pour les premières, par application de l'article 464, et permet au tuteur d'exercer seul les secondes.

Nous croyons, en ce qui nous concerne, que le tuteur peut intenter seul, sans aucune distinction, toutes les actions possessoires.

S'il est vrai que ces actions soient immobilières, s'il est vrai aussi que l'importance de la question de possession soit très-grande, il faut pourtant reconnaître que la loi elle-même met les actions possessoires au rang des actes conservatoires; c'est ainsi que l'article 1428 décide que le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires, qui appartiennent à sa femme.

Or, d'une part, le tuteur peut exercer aussi les actions mobilières du mineur; d'autre part, son mandat d'administrateur et de représentant du pupille est, pour le moins, égal au mandat en vertu duquel le mari, sous le régime de la communauté, administre les biens personnels de la femme;

Donc, il faut en conclure que le tuteur peut aussi exercer les actions possessoires.

M. Chardon a écrit que *c'est sans doute par distraction que M. Duranton attribue les actions possessoires au tuteur, et qu'il est le seul auteur qui ait hasardé cette doctrine* (*loc. supra cit.*).

La *distraction*, il faut bien le dire, est du côté de l'honorable auteur du *Traité de la Puissance tutélaire;* car cette doctrine, loin d'avoir été hasardée par M. Duranton seul, compte depuis longtemps déjà de nom-

breux et imposants suffrages (comp. Cass., 21 novembre 1849, Lefebvre, Dev., 1849, I, 757; Pothier, *du Mandat*, n° 152; Toullier, t. III, n° 182; Bioche, v° *Action possess.*, n° 129; Carou, *des Actions possess.*, n° 770; Curasson, *Compétence des juges de paix*, t. II, p. 116; Bélime, *Traité de la Possession;* de Fréminville, t. I, n° 384; D., *Rec. alph.*, nouvelle édition, t. III, v° *Action possess.*, § 6, n° 552; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 416).

689. — La question peut paraître plus délicate, en ce qui concerne l'action en bornage (art. 646).

Que le tuteur puisse y défendre seul et sans l'autorisation du conseil de famille, lorsqu'il est provoqué, cela ne paraît guère contestable, malgré pourtant certains dissentiments (Millet, *Traité du Bornage*, p. 145-149). L'article 464, qui autorise le tuteur à défendre seul aux actions immobilières, est ici d'autant plus applicable, qu'il en est de la demande en bornage comme de la demande en partage, et que le défendeur ne peut pas s'y refuser (comp. art. 460, 646, 815).

Mais le tuteur ne peut-il pas même, sans autorisation, intenter l'action en bornage?

D'une part, on peut objecter que cette action est immobilière et que l'article 464 est, en conséquence, applicable; *pro vindicatione rei est*, dit la loi 1, ff. *Finium regundorum* (Pardessus, *des Servitudes*, n° 355; Carou, *des Act. poss.*, t. I, p. 650; Curasson, t. II, p. 328; Vaudore, *Droit rural*, t. I, p. 37; Marchant, *de la Minorité*, p. 320, n° 62; *Encyclop. des juges de paix*, supplément, v° *Bornage*).

D'autre part, cette demande peut ne constituer qu'un simple acte d'administration, dont le but serait seulement une opération toute matérielle, qui consisterait dans la plantation ou le rétablissement des bornes.

Ne pourrait-on pas, dès lors, distinguer et déclarer

que le tuteur n'a pas besoin d'autorisation pour former la demande en bornage, *lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent, ne sont pas contestés*, et qu'il en a besoin, au contraire, aussitôt qu'une contestation s'élève sur la propriété et sur les titres ?

Cette distinction est appliquée textuellement par la loi du 25 mai 1838 (art. 6, n° 2), à la compétence du juge de paix ; et il nous semblerait logique de décider pour la capacité de la partie, à l'effet d'agir, ce que cette loi décide pour la compétence du juge, à l'effet de statuer (Toullier, t. III, n° 182).

690. — Le tuteur peut-il passer un aveu obligatoire pour le mineur ?

Le serment peut-il être déféré au tuteur par les tiers, ou aux tiers par le tuteur ?

La solution négative est, sur ces deux points, généralement enseignée, et, je crois, avec raison.

Pourtant cette solution ne me paraîtrait pas devoir être formulée en des termes aussi absolus, que ceux sous lesquels on la rencontre presque partout.

Elle est assurément d'une évidente exactitude, en tant que le résultat de l'aveu ou du serment serait de créer une obligation à la charge du mineur (Bourges, 26 avril 1831, Gentil, D., 1831, II, 241), ou de lui enlever un droit qui lui appartenait, et dont l'abandon dépasserait les pouvoirs du tuteur.

Le serment et l'aveu ne peuvent émaner, en effet, régulièrement que de celui qui est capable de disposer du droit lui-même.

Or, cette capacité n'appartient pas au tuteur seul ; la loi au contraire a soumis les actes de disposition à l'accomplissement de formalités protectrices des intérêts du mineur ;

Donc, il faudrait observer ces formalités pour que le résultat de l'aveu ou du serment fût obligatoire.

S'agit-il, par exemple, d'un aveu concernant une action relative aux droits immobiliers du mineur? Cet aveu, constituant un acquiescement, ne pourrait être passé par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

S'agit-il de déférer le serment à l'adversaire du mineur? Cette délation du serment constituant une sorte de transaction, il faudrait observer l'article 467.

L'article 509 de la Coutume de Bretagne était formel à cet égard :

« Aussi ne peut ledit tuteur ou curateur compromettre, transiger, *déférer le serment décisif* ès causes héritelles et de meubles riches et précieux, sans l'avis des parents et décret de justice. »

L'article 2275 du Code Napoléon constitue, sous ce rapport, une exception à la règle générale (comp. Pothier, *des Obligations*, nos 721 et 915).

Tout ce qu'on pourrait demander, ce serait, par application de l'article 336 du Code de procédure, de faire interroger le tuteur sur les faits, qui lui sont personnels, *pour y avoir, par le tribunal, tel égard que de raison* (comp. art. 467, 1365, 1998 C. Nap., 1004 procéd.; Bordeaux, 24 juin 1859, Cluzant, Dev., 1860, II, 277; L. 6, § 4, ff. *de Confessis;* de Fréminville, t. II, n° 772; Bonnier, *des Preuves*, n° 246; Toullier, t. X, n° 375; Baroche, *Encyclop. du droit*, v° *Aveu*, n° 20; *voy.* aussi notre t. IV, nos 280-284).

691. — Delvincourt enseigne toutefois que le tuteur peut, seul et sans autorisation, déférer le serment à l'adversaire du mineur, dans une instance relative aux droits mobiliers du mineur (t. I, p. 120, note 8).

Le tuteur pourrait acquiescer à la demande, sans aucune autorisation; acquiescer, c'est-à-dire reconnaître purement et simplement le droit de l'adversaire (art. 464).

A fortiori, doit-il pouvoir n'acquiescer que sous la condition d'un serment, que l'adversaire devra prêter (*voy.* la loi 17, § 2, ff. *de Jurejurando*).

Ce raisonnement est très-spécieux sans doute; et pourtant il ne me paraît pas sans réplique.

Est-ce qu'on ne pourrait pas dire aussi que si le tuteur peut *acquiescer*, c'est-à-dire abandonner toute prétention, il doit *a fortiori* pouvoir *transiger*, c'est-à-dire n'abandonner qu'une partie de la prétention du mineur.

Eh bien! pourtant, il n'en est pas ainsi (art. 467).

C'est qu'en effet autre chose est l'acquiescement pur et simple, qui suppose l'existence manifeste du droit de l'adversaire;

Autre chose la transaction, qui suppose au contraire des droits douteux.

Or, précisément, déférer le serment, c'est en quelque sorte transiger.

692. — C'est parce que l'aveu du tuteur ne peut pas créer une obligation à la charge du mineur, que régulièrement le tuteur ne peut pas seul reconnaître l'existence d'une dette alimentaire obligatoire pour le mineur.

C'est ainsi qu'à Rome le tuteur n'était à l'abri de tout reproche, *sine reprehensione*, pour avoir fourni des aliments à la mère ou à la sœur du pupille, qui se trouvaient dans le besoin, qu'autant qu'il avait obtenu la permission du magistrat, *decreto scilicet interveniente* (L. 1, § 2, ff. *de Tutel. ration.*).

Les auteurs des *Pandectes françaises* enseignent également que : « dans notre usage, le tuteur fera bien de laisser former la demande et ordonner le payement des aliments. » (T. IV, art. 457, n° 167.)

Toutefois, s'il est vrai que le tuteur n'a pas qualité pour *créer* des obligations à la charge du mineur, c'est

en ce sens qu'il ne lui appartient pas de rendre lui-même obligatoires, par son aveu, par son fait, des prétentions, qui par elles-mêmes ne l'étaient pas.

Mais nous avons vu aussi qu'il appartient au tuteur d'acquitter les dettes légitimes du mineur ; et si le tuteur reconnaît en effet que l'ascendant de celui-ci est dans le besoin, il pourra d'autant mieux acquitter, au nom du mineur, cette dette d'aliments, qu'une demande judiciaire pourrait être infiniment pénible pour toutes les parties, et qu'il serait même du devoir du tuteur de la prévenir.

Au reste, en pareil cas, il fera bien d'en référer au conseil de famille.

693. — Nous avons dit que l'aveu passé par le tuteur n'était pas obligatoire pour le mineur, et aussi que le serment ne pouvait être déféré ni par le tuteur aux tiers, ni par les tiers au tuteur, en tant que le résultat de l'aveu ou de la délation du serment s'appliquerait à un droit, dont l'abandon dépassait le pouvoir du tuteur.

Mais nous croyons qu'il pourrait en être autrement, en ce qui concerne les actes ou les faits, qui rentrent dans la libre administration du tuteur seul.

Et, à cet égard, une distinction nous paraît devoir être faite.

S'agit-il d'actes personnels au tuteur actuellement encore en exercice? Dans ce cas, on ne voit pas pourquoi son aveu ne serait pas obligatoire, et pourquoi le serment ne pourrait pas être déféré. Primus, tuteur de Secundus, poursuit Tertius en payement d'une somme qu'il prétend être due au mineur. Tertius soutient que cette même somme, il l'a payée à Primus lui-même, à ce même tuteur, qui la réclame une seconde fois. Si Primus l'a en effet reçue déjà, pourquoi ne pourrait-il pas l'avouer? Est-ce qu'il n'a pas qua-

lité pour donner à cet instant même une quittance au débiteur, en reconnaissant qu'il a reçu les fonds, et que c'est lui seul désormais qui en est comptable envers le mineur? C'est à ce cas que la loi 17, § 2, ff. *de Tutelæ rationibus*, nous paraîtrait aujourd'hui encore applicable (*voy.* aussi Bonnier, *des Preuves*, nº 264).

Mais si le tuteur, auquel les faits d'administration sont personnels, n'était plus en exercice, s'il avait été, par suite de décès ou autrement, remplacé par un autre tuteur, nous ne croyons pas qu'il pût, lui ou ses héritiers, par un aveu ou par un serment, créer *ex post facto* au débiteur, au tiers, un moyen de libération, ou un titre quelconque opposable au mineur; car à ce moment-là son pouvoir est expiré, et il ne pourrait plus recevoir le payement ni décharger le débiteur.

Au reste cette question se rattache à une thèse plus générale, à celle qui consiste à savoir jusqu'à quel point les aveux du mandataire obligent le mandant, soit pendant la durée, soit après l'expiration du mandat. Nous la retrouverons en son temps (comp. Bordeaux, 22 janv. 1827, Moreau, Sirey, 1827, II, 65; Cass., 19 nov. 1834, Bourges, Dev., 1835, I, 666; Bourges, 17 mai 1842, Capitan, D., 1843, II, 100).

694. — Nous nous sommes toujours occupé, jusqu'à présent, des pouvoirs du tuteur, dans leur application aux biens, aux intérêts purement pécuniaires du mineur.

La garde et la défense de tous ses autres intérêts, de ses intérêts moraux, de son état, de son honneur, sont certainement aussi comprises dans le mandat général que la loi confie au tuteur (art. 450).

C'est ainsi que déjà nous avons constaté que le tuteur d'un époux interdit pouvait former, au nom de celui-ci, une demande en séparation de corps (*voy.*

notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 428), ou une action en désaveu d'enfant (*voy.* notre *Traité de l'Absence*, n° 268, et notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, nos 116-118).

Pareillement le tuteur d'un mineur aurait qualité pour intenter, au nom de celui-ci, une action en réclamation d'état (comp. Montpellier, 4 thermidor an XII, Andrieu, Sirey, 1812, II, 79; Metz, 19 août 1824, N. C. Bouxin, Sirey, 1825, II, 296).

Et on peut même soutenir, avec beaucoup de force, que le tuteur n'a pas besoin d'être autorisé, à cet effet, par le conseil de famille, puisque aucun texte ne le soumet, pour l'exercice de cette action, à la nécessité d'une autorisation (comp. Paris, 21 août 1841, Lefebvre, Dev., 1841, II, 488; Lyon, 24 fév. 1859, M..., Dev., 1859, II, 655; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 442).

Zachariæ et MM. Aubry et Rau enseignent toutefois que cette autorisation est nécessaire; et ils invoquent, par analogie, l'article 464, qui ne permet pas au tuteur d'introduire, seul en justice, sans cette autorisation, une action relative aux droits immobiliers du mineur (t. I, p. 415, 416).

La vérité est pourtant que l'action en réclamation d'é at n'est, dans la personne de l'enfant, ni mobilière, ni immobilière; c'est une action réelle sans doute, une action surtout de la plus haute importance; mais enfin elle a pour objet direct l'état lui-même, qui n'est ni meuble ni immeuble.

J'aimerais mieux donc dire, afin d'arriver à ce résultat, que d'après toute la théorie du Code Napoléon, le tuteur ne peut pas intenter, sans autorisation, les actions relatives à la personne du mineur, et qu'il doit en être ainsi principalement des actions si graves qui concernent son état (comp. art. 175, 468, 510, et

notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 438, p. 536).

2° *Des actes, pour lesquels l'autorisation du conseil est nécessaire, mais suffisante.*

SOMMAIRE.

695. — 1° Le tuteur ne peut, sans l'autorisation du conseil de famille, accepter ou répudier une succession échue au mineur. — L'acceptation doit avoir lieu sous bénéfice d'inventaire. — Mais alors pourquoi la nécessité de l'autorisation du conseil de famille pour accepter la succession?

696. — L'autorisation du conseil de famille à l'effet de répudier la succession, ne doit-elle pas être homologuée par la justice? — *Quid*, si la succession comprend des immeubles?

697. — Suite.

698. — Suite.

699. — La renonciation qui aurait été faite par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille pourrait être rétractée. — Art. 462 et 790.

700. — Dans quels cas et sous quelles conditions cette rétractation est-elle possible? — Renvoi.

701. — Des effets de cette rétractation. — Lorsque la succession est reprise par le tuteur lui-même ou par le mineur devenu majeur, la prescription a-t-elle pu courir au profit des tiers pendant tout le temps qui s'est écoulé entre la répudiation et la reprise?

702. — Le mineur peut-il devenir héritier pur et simple par le fait de son tuteur? — Répondrait-il envers les créanciers de la succession, des malversations de son tuteur?

703. — L'autorisation du conseil de famille est-elle nécessaire pour que le tuteur puisse accepter un legs universel ou à titre universel fait au mineur?

704. — 2° Le tuteur ne peut accepter qu'avec l'autorisation du conseil de famille une donation faite au mineur. — Par quels motifs?

705. — L'article 935 apporte à l'article 463 une modification importante. — Les père, mère et ascendants du mineur peuvent accepter seuls pour lui les donations qui lui sont faites, lors même qu'ils ne seraient pas tuteurs. — *Quid*, s'ils étaient tuteurs?

706.—*Quid*, si la donation était faite au mineur par le tuteur lui-même.

707. — Difficultés sur l'article 935. — Quel est l'effet de la donation entre-vifs à l'égard du mineur? — Renvoi.

708. — Le tuteur peut-il accepter, sans l'autorisation du conseil de famille, un legs particulier fait au mineur?

709. — Peut-il le répudier sans cette autorisation?

710. — 3° Le tuteur ne peut pas, sans l'autorisation du conseil de famille, introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits. — Cette disposition s'applique-t-elle au père ou à tout autre ascendant tuteur?

711. — L'autorisation du conseil de famille doit-elle être, dans ce cas, homologuée par la justice? — Motifs de l'article 464.

712. — Dans quels cas le tuteur a-t-il besoin de l'autorisation du conseil de famille, relativement à une instance qui concerne les droits immobiliers du mineur?

713. — Suite. — Peut-il, sans autorisation, porter lui-même l'appel, ou défendre à l'appel porté par la partie adverse?

714. — Le tuteur aurait-il besoin d'autorisation pour agir dans le cas où des parties majeures ayant le même intérêt que le mineur, introduiraient en justice une action immobilière?

715. — Si le tuteur formait, sans autorisation, une demande relative aux droits immobiliers du mineur, quel serait le droit de l'adversaire soit avant, soit après la décision judiciaire?

716. — Le tuteur ne peut pas non plus sans autorisation acquiescer à une demande relative aux droits immobiliers du mineur. — Pourrait-il s'en désister sans autorisation?

717. — Mais, avec l'autorisation du conseil de famille, le tuteur peut acquiescer ou se désister. — Faut-il que cette autorisation soit homologuée par le tribunal?

718. — *Quid*, si le tiers refusait d'accepter l'acquiescement ou le désistement consenti par le tuteur? — Quel serait l'effet de cet acquiescement ou de ce désistement?

719. — Qu'est-ce qu'une action immobilière? Et dans quels cas, sous ce rapport, l'article 464 est-il applicable? — Exemples. — Renvoi.

720. — 4° Le tuteur ne peut, sans autorisation du conseil de famille, provoquer un partage. — Peut-il défendre, sans autorisation, à une demande en partage? — *Quid*, si les biens à partager ne sont que des meubles?

721. — Les partages, dans lesquels un mineur est intéressé, doivent être faits en justice. — Quelles en sont les formalités? — Réflexion. — Renvoi.

722. — *Quid*, s'il y a plusieurs mineurs, qui aient des intérêts opposés dans le partage?

723. — Le tuteur peut-il faire, sans autorisation, un simple partage provisionnel? — Quel serait l'effet d'un tel partage?

724. — Le conseil de famille peut-il, en général, prendre l'initiative et enjoindre au tuteur de faire tel ou tel acte pour lequel celui-ci a besoin d'autorisation?

725. — Dans quels cas le tuteur aura-t-il voulu faire, avec les copropriétaires du mineur, un simple partage de jouissance, ou au

695. — Les actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est tout à la fois nécessaire et suffisante, sont déterminés par les articles 461, 462, 463, 464, 465 et 466 (*voy.* aussi *infra*, n° 726).

Ainsi, 1° aux termes de l'article 461 :

« Le tuteur ne pourra accepter ou répudier une « succession échue au mineur, sans une autorisation « préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura « lieu que sous bénéfice d'inventaire. » (Ajout. article 776-2°.)

On pourrait objecter que cet article exige trop dans un cas, et trop peu dans l'autre; en d'autres termes, que l'autorisation du conseil de famille aurait dû être considérée comme inutile pour le cas d'acceptation, et comme insuffisante au contraire pour le cas de renonciation.

Et d'abord, dira-t-on, pourquoi exiger que le tuteur soit autorisé par le conseil de famille, à l'effet d'accepter la succession, dès qu'il ne peut l'accepter que sous bénéfice d'inventaire? L'effet du bénéfice d'inventaire étant de donner à l'héritier l'avantage de n'être tenu du payement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis (art. 802), il semble que le tuteur aurait bien pu faire seul cette acceptation, qui ne présente aucun danger.

Mais c'est là précisément ce qui n'est pas exact; et l'acceptation, même seulement bénéficiaire, pourrait au contraire avoir pour le mineur des résultats très-préjudiciables.

D'une part, en effet, tout héritier, *même bénéficiaire*, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéri-

tiers les dons qu'il a reçus du défunt, et il ne peut réclamer les legs à lui faits, si ces dons ou legs n'ont pas eu lieu avec dispense expresse de rapport (art. 843).

Or, il serait possible que les dons ou legs faits par le défunt au mineur, sans dispense de rapport, excédassent sa part héréditaire dans la succession *ab intestat*, et qu'il fût pour lui du plus haut intérêt de renoncer.

Donc, l'acceptation, même seulement bénéficiaire, pourrait lui causer une véritable perte, en échangeant le don ou le legs qui lui avait été fait, contre une part héréditaire peut-être beaucoup moindre!

D'autre part, des motifs de convenance, des considérations de plusieurs sortes, pourraient rendre plus convenable une répudiation absolue qu'une acceptation même bénéficiaire. Et, par exemple, ne vaut-il pas beaucoup mieux renoncer que d'engager le temps et les soins du tuteur dans les embarras de la liquidation d'une succession évidemment mauvaise? A quoi bon le détourner ainsi de l'administration des biens du mineur, et s'exposer même à des dépenses plus ou moins considérables? (*Voy.* notre *Traité des Successions*, t. II, n°s 329 et suiv.).

696. — Mais, d'un autre côté, pourquoi, dira-t-on, se contenter de la seule autorisation du conseil de famille, pour la répudiation? Est-ce qu'on n'aurait pas dû exiger que cette autorisation fût homologuée par le tribunal, surtout lorsque la succession comprend des immeubles? Répudier une succession, c'est aliéner; or, pour que le tuteur puisse aliéner les immeubles du mineur, il faut tout à la fois l'autorisation de la famille et l'homologation de la justice (art. 457); donc, cette double condition devrait être nécessaire aussi dans notre hypothèse.

L'argument a paru tel à Delvincourt, que le judi-

cieux auteur enseigne en effet cette doctrine (t. I, p. 120, note 2).

Mais la loi nous paraît formelle en sens contraire. Elle n'exige en aucune façon que l'autorisation du conseil de famille, dans le cas dont il s'agit, soit homologuée par le tribunal ; or, toutes les fois qu'elle a voulu que cette homologation fût nécessaire, elle l'a au contraire expressément exigée.

L'analogie, d'ailleurs, entre l'aliénation ordinaire et directe des biens mêmes du mineur, et l'aliénation indirecte, qui résulte de la répudiation d'une succession, cette analogie n'est pas absolument exacte :

En droit, parce que s'il est vrai que le mineur est saisi de la succession, et qu'il est déjà propriétaire des biens qui la composent (art. 711, 724), il n'est saisi pourtant et propriétaire qu'avec cette faculté contemporaine et inséparable de sa saisine, de pouvoir accepter ou renoncer, sous les seules conditions que la loi y attache ;

En fait, parce qu'il se peut que les droits successifs, loin de représenter des biens et de l'actif, ne constituent, au contraire, que du passif et des charges.

On peut objecter, il est vrai, à ce dernier motif, que le conseil de famille peut se tromper dans l'appréciation de la consistance des valeurs et des charges héréditaires; mais pourtant, qui peut, en général, être mieux renseigné, en pareil cas, que les parents ou les alliés? Qui peut mieux connaître les habitudes, les affaires, et par suite l'état de la succession de leur parent défunt?

Et puis, enfin, s'ils ont des doutes, est-ce qu'ils ne s'éclaireront pas par un inventaire?

Voilà pourquoi la femme mariée sous le régime dotal, même avec constitution en dot de ses biens à venir, peut renoncer aux successions qui lui échoient

pendant le mariage, sans observer les formes prescrites pour l'aliénation de ses biens dotaux, lorsque d'ailleurs sa renonciation n'a pas le caractère d'une libéralité envers ceux qui doivent en profiter (Chabrol, *Cout. d'Auvergne,* chap. XIV, art. 755).

Quoi qu'il en soit, au reste, de ces motifs, le texte, je le répète, est formel (comp. *supra,* n° 325; et Cass., 22 nov. 1815, Groux, D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 740; Toulouse, 5 juin 1829, Delboy, et 11 juin 1829, Blancal, D., 1829, II, 252, 269; Duranton, t. III, n° 577; Valette sur Proudhon, t. II, p. 380; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 402; Massé et Vergé, t. I, p. 438; de Fréminville, t. II, n° 551; *Encyclop. du droit,* v° *Conseil de famille*, sect. III, n° 75; Demante, t. II, n° 222 *bis*, II).

697. — La Cour de Grenoble, par un arrêt du 6 décembre 1842, a consacré le même principe; l'un de ses *considérants* est même remarquable et mérite d'être cité.

Dans l'espèce, la renonciation à une succession avait été faite par un mineur émancipé, sans autorisation du conseil de famille; mais elle avait été autorisée par le tribunal :

« Attendu, en droit, qu'il n'était pas au pouvoir du tribunal de se substituer au conseil de famille pour la surveillance des actes intéressant la mineure ; que les juridictions sont d'ordre public; que le législateur a eu de bonnes raisons d'exiger, en ce cas, l'intervention de la famille, qui connaît les faits et se trouve en situation d'apprécier mieux que personne l'actif et les charges de la succession à répudier; qu'ici même le tribunal n'eût pas été appelé à homologuer la délibération de la famille, qui eût autorisé la répudiation, formalité exigée seulement en cas de vente des biens du mineur; et que si l'article 883 du Code de procé-

dure permet de se pourvoir contre les avis des parents, quand les délibérations n'ont pas été prises à l'unanimité, l'intervention du tribunal est par là même restreinte à l'hypothèse où, la famille s'étant expliquée régulièrement, et les opinions étant divergentes, il peut être utile de consulter une autre autorité sur les divers motifs invoqués pour ou contre; mais qu'il ne peut en ressortir pour le tribunal le pouvoir de s'emparer, *omisso medio*, de l'examen des questions relatives à la tutelle. » (6 déc. 1842, Achard, D., 1843, II, 290).

698. — Il est vrai que la Cour de cassation a décidé que lorsque la succession échue au mineur a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, l'abandon qui peut en être fait aux créanciers, d'après l'article 802, est un acte d'aliénation, qui ne peut être souscrit par le tuteur qu'en vertu des articles 457 et 458, c'est-à-dire après une autorisation du conseil de famille et un jugement d'homologation (12 mars 1839, Brochet, Dev., 1839, I, 274).

Mais on voit que cet arrêt n'a rien de contraire à la doctrine que nous exposons. Il ne décide pas que l'autorisation donnée par le conseil de famille, au tuteur, de répudier la succession, doit être homologuée ; car, dans l'espèce, la succession était acceptée.

L'arrêt décide seulement que la succession ayant été acceptée, l'abandon qui peut en être fait d'après l'article 802-2°, constitue une aliénation qui rentre dans l'application des articles 457 et 458.

C'est là une tout autre solution; et pour l'apprécier, il faudrait examiner, en effet, le caractère depuis longtemps fort équivoque et fort controversé de cette espèce d'abandon.

Mais ce sujet n'est plus le nôtre ; nous dirons toutefois qu'il n'y aurait pas lieu, suivant nous, d'observer

les conditions et les formalités prescrites par les articles 457 et 458, qui exigent l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, et qu'il suffisait, aux termes de l'article 461, d'obtenir à cet effet, l'autorisation du conseil de famille (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 209; Pothier, *des Successions*, chap. III, sect. III, § 8; Grenoble, 4 juin 1836, Brochet, Dev., 1837, II, 109; Cass., 25 mars 1840, Forbin, Dev., 1840, I, 456; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 401,402).

699. — Au reste, la renonciation qui aurait été faite par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille, pourrait n'être pas irréparable.

Aux termes de l'article 462 : « Dans le cas où la « succession, répudiée au nom du mineur, n'aurait « pas été acceptée par un autre, elle pourra être « reprise, soit par le tuteur, autorisé, à cet effet, « par une nouvelle délibération du conseil de famille, « soit par le mineur devenu majeur, mais dans l'état « où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pou- « voir attaquer les ventes et autres actes qui auraient « été légalement faits durant la vacance. »

Ajoutons que cette faculté, que l'article 462 semblait d'abord n'accorder que comme un privilége spécial aux mineurs, est devenue ensuite de droit commun, et qu'elle est accordée à tout héritier, même majeur et capable, par l'article 790, en ces termes :

« Tant que la prescription du droit d'accepter n'est « pas acquise contre les héritiers qui ont renoncé, ils « ont la faculté d'accepter encore la succession, si elle « n'a pas déjà été acceptée par d'autres héritiers ; sans « préjudice néanmoins des droits qui peuvent être ac- « quis à des tiers sur les biens de la succession, soit « par prescription, soit par actes valablement faits avec « le curateur à la succession vacante. »

700. — Dans quels cas et sous quelles conditions la renonciation, faite par le tuteur, peut-elle être ainsi rétractée, soit par le tuteur lui-même autorisé de nouveau à cet effet, soit par le mineur devenu majeur?

Suffit-il que les cohéritiers du mineur aient accepté leur part avant cette renonciation? ou faut-il que leur acceptation soit postérieure, pour que la reprise de la succession soit impossible?

Les successeurs irréguliers font-ils obstacle à ce droit de reprise?

Toutes ces questions s'élèvent à l'égard de l'héritier majeur aussi bien qu'à l'égard du mineur; elles n'appartiennent donc pas à notre sujet, et ne peuvent être résolues que par l'application des principes qui régissent la dévolution des biens *ab intestat*.

Nous devons, en conséquence, les renvoyer à leur titre.

701.—La même observation s'applique en général aussi aux effets de cette *reprise* de la succession d'abord répudiée par le tuteur.

Toutefois une question spéciale au mineur, et fort délicate, doit être abordée ici, parce qu'elle s'élève sur le texte même de notre article 462.

Cette question consiste à savoir si la prescription a pu courir, au profit des tiers, débiteurs de la succession ou détenteurs de biens héréditaires, pendant la vacance, c'est-à-dire pendant tout le temps qui s'est écoulé entre la répudiation faite par le tuteur, et la reprise de la succession, soit par le tuteur lui-même, soit par le mineur devenu majeur.

Pour soutenir que la prescription a été suspendue, on peut raisonner ainsi :

1° Aux termes de l'article 2252, la prescription ne court pas contre les mineurs;

Or, la succession ayant été reprise, et en consé-

quence acceptée, le mineur est réputé avoir toujours été héritier; car l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession (art. 777); et on peut même soutenir que c'est pour ce cas particulier, que cette maxime a été faite, puisque, dans le cas où l'héritier n'a jamais renoncé, il était évident qu'il a toujours été héritier (art. 711, 724); et il était dès lors inutile de déclarer que son acceptation avait un effet rétroactif;

Donc, les tiers ne peuvent pas se prévaloir contre le mineur de l'article 2258, qui porte que la prescription court contre une succession vacante, quoique non pourvue de curateur; car il n'y a pas eu *vacance*; et le mineur est réputé, même *in præteritum*, n'avoir jamais cessé d'être héritier.

2° La rédaction différente des articles 462 et 790 prouve elle-même qu'il en est ainsi.

L'article 790, qui s'applique au majeur, réserve et maintient formellement deux effets de la prescription. D'une part, il ne permet au majeur d'accepter la succession, par lui d'abord répudiée, qu'en *tant que la prescription du droit d'accepter n'est pas acquise contre lui;* d'autre part, il ne lui permet pas d'attaquer, après sa reprise, les droits acquis à des tiers *par prescription;*

Or, l'article 462 ne renferme rien de pareil;

Rien sur la prescription de la faculté d'accepter; donc, cette prescription ne court pas contre le mineur;

Rien sur l'obligation où serait le mineur de respecter les droits acquis à des tiers par prescription; donc, les tiers ne peuvent acquérir aucun droit par prescription contre le mineur.

3° Et cette solution n'est pas moins impérieusement réclamée par la raison que par les principes du droit!

Comment! la prescription ne court pas en règle gé-

nérale, contre le mineur, alors même qu'il s'agit de biens soumis à l'administration de la tutelle, et pour lesquels le mineur avait, à l'égard des tiers, un représentant, qui pouvait agir !

Et la prescription courrait contre lui, lorsqu'il s'agit de biens à l'égard desquels il n'était en aucune manière défendu ! (Marcadé, t. III, art. 790, n° 3; Demante, t. III, n° III *bis*, V.)

Cette argumentation, si sérieuse qu'elle soit, ne me paraît pourtant pas irrésistible; et voici comment je répondrai :

1° Aux termes de l'article 785, l'héritier, qui renonce, est censé n'avoir jamais été héritier; et dès lors, après la renonciation faite par son tuteur, le mineur était devenu étranger à la succession.

En cet état, la succession était vacante; et de là résultaient ces deux conséquences :

D'abord, que le curateur avait qualité pour faire à l'égard des tiers, les actes que la loi elle-même l'autorise à faire, en qualité de représentant des futurs ayants droit, quels qu'ils puissent être;

Ensuite, que la prescription courait contre la succession, et qu'elle a pu, durant cette vacance, s'accomplir et former ainsi, au profit des tiers, un droit acquis (art. 2258).

2° Cela posé, que faudrait-il, pour que la reprise de la succession par le mineur, le relevât de ce double effet, ou plutôt de cet unique et indivisible effet de la vacance ?

Il faudrait que cette reprise rétroagît dans le passé, et qu'elle produisît, sur la renonciation, l'effet d'une sorte de condition résolutoire.

Or, précisément, la loi a décidé tout le contraire!

Elle a dit à l'héritier renonçant :

C'est par une véritable faveur que je vous permets

de rentrer dans cette succession, d'où vous étiez entièrement sorti; mais aussi j'y mets pour condition que vous ne reprendrez la succession que *dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise*, c'est-à-dire, évidemment (d'après la pensée essentielle de la loi), sous la condition que vous respecterez les droits acquis, que vous respecterez enfin les effets de *la vacance;*

Or, d'une part, le droit était acquis au tiers d'opposer la prescription à la succession vacante; d'autre part, c'est là un effet de la vacance, tout aussi bien que la validité des actes passés par le curateur;

Donc, le mineur n'est pas plus relevé de l'un que de l'autre.

3° En vain donc on oppose l'article 777.

Il est clair que l'acceptation, au contraire, n'a pas alors un effet rétroactif; et quand on prétend que ce serait pour ce cas tout à fait exceptionnel, que la disposition générale de l'article 777 a été faite, M. Duranton a raison de répondre *qu'il ne s'en serait jamais douté!* (T. III, n° 579, note 1.)

En vain on oppose encore les rédactions comparées des articles 462 et 790, dont l'un garde le silence sur la prescription, tandis que l'autre la déclare opposable à l'héritier qui reprend la succession.

La réponse est que l'article 790, en généralisant la faculté que l'article 462 semblait d'abord n'accorder qu'aux mineurs, a seulement plus développé, pour tous les cas, cette théorie; ces deux articles doivent, en conséquence, être interprétés et complétés l'un par l'autre.

Et d'ailleurs, est-ce que l'article 462 n'est pas lui-même assez formel?

Est-ce qu'il ne déclare pas que le mineur ne pourra reprendre la succession que *dans l'état où elle se trouvera?*

Supposez que, durant la vacance, le curateur ait poursuivi un tiers, débiteur ou détenteur de valeurs héréditaires, et que ce tiers lui ait opposé la prescription. Certainement le mineur ne pourrait pas se pourvoir contre le jugement qui aurait renvoyé, pour cette cause, le tiers de la demande;

Or, la prescription, avant même d'être proposée en justice, forme un droit acquis au profit de celui qui peut l'invoquer (art. 2221, 2222);

Donc, le mineur ne peut pas davantage, par son retour à la succession, ravir à ce tiers le droit qui lui était irrévocablement acquis de se prévaloir de la prescription.

C'est là, je le répète, un effet de la vacance; la vacance est la cause, l'unique cause de cette exception aux règles de la minorité;

Or, vous ne pouvez pas effacer cette cause; il faut bien, de votre propre aveu, que vous respectiez les actes faits par le curateur;

Donc, vous devez aussi respecter les droits acquis par prescription.

4° Et quand on se récrie en disant qu'il est bien étrange que la prescription qui ne court pas contre le mineur, à raison des biens protégés par toutes les garanties de la tutelle, coure au contraire contre lui, à raison de ces biens abandonnés, on fait un argument spécieux peut-être à première vue, mais qui au fond n'a rien de solide.

C'est que les deux situations sont très-différentes!

C'est que les biens de cette succession, valablement répudiée par les représentants du mineur, n'étaient plus les biens du mineur! C'est qu'ils n'étaient plus dès lors et ne pouvaient plus être sous le régime de la tutelle! c'est qu'enfin la loi, qui pouvait ne pas permettre du tout au mineur de les reprendre, a pu *a for-*

tiori, sans aucune inconséquence, ne lui permettre de les reprendre que *dans l'état où ils se trouveront* (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 69; Montpellier, 28 mai 1831, Aybrant, Dev., 1831, II, 217; Limoges, 16 mai 1838, Poisle, Dev., 1838, II, 428; Nîmes, 20 nov. 1850, Quintin, Dev., 1850, II, 32).

Telle est aujourd'hui la doctrine de notre savant collègue, M. Valette, qui, après avoir exprimé un sentiment contraire dans ses annotations sur Proudhon (t. II, p. 381, n° 4), enseigne que le motif que nous avons déduit de l'article 462 lui paraît invincible. (*Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 258).

702. — Nous aurons à revenir plus tard encore sur ce sujet.

Bornons-nous à remarquer ici :

1° Que la succession échue au mineur ne pouvant être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, le mineur ne saurait devenir héritier pur et simple par le fait de son tuteur (art. 461; Nîmes, 8 nov. 1827, Dayre, D., 1828, II, 174; Rouen, 30 août 1828, Rouet, D., 1830, II, 149);

2° Qu'aux termes de l'article 804, l'héritier bénéficiaire n'étant tenu que des fautes graves, il s'ensuit, selon nous, que le mineur ne serait pas tenu personnellement des dilapidations commises par son tuteur sur les biens héréditaires, et qu'il lui suffirait de comprendre dans l'actif du compte de la succession bénéficiaire, l'action en dommages-intérêts contre le tuteur.

En effet, est-ce qu'un héritier bénéficiaire, même majeur, qui, ne pouvant pas gérer par lui-même, aurait choisi un mandataire avec le discernement convenable, devrait être déclaré responsable des malversations imprévues de ce mandataire? L'héritier bénéficiaire, s'il est, à certains égards, lui-même le

mandataire des créanciers, n'est pourtant pas un mandataire comme un autre, auquel l'article 1994 doive être appliqué (comp. art. 804 et 1992); il est mandataire *in rem suam*; il est propriétaire!

Dans tous les cas, cette proposition semble bien juridique et bien équitable à l'égard du mineur, qui, d'après la loi elle-même, devait être représenté par son tuteur (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. II, n°s 332 et suiv.).

703. — On s'accorde, en général, et très-justement, à penser que l'article 461 doit être appliqué aux legs universels ou à titre universel qui seraient faits au mineur; c'est-à-dire que ces legs ne doivent être acceptés par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille et avec confection d'inventaire.

Ce n'est pas que le légataire soit obligé à un rapport quelconque (art. 857).

Mais toujours est-il que le légataire universel ou à titre universel doit contribuer au payement des dettes (art. 1006, 1009, 1012); que cette obligation pourrait être une cause de soins et d'embarras pour le tuteur, et même pour le mineur une cause de frais et de pertes.

Ajoutez qu'il s'agit d'une libéralité dont il est bon que le conseil de famille apprécie la cause et la convenance.

Pour ce qui concerne les legs particuliers faits au mineur, *infra* n° 708.

704. — 2° Aux termes de l'article 463 :

« La donation faite au mineur ne pourra être accep-
« tée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de
« famille.

« Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à
« l'égard du majeur. »

On pourrait s'étonner, à première vue, de ce que la loi ne laisse pas au tuteur le pouvoir d'accepter seul

les donations faites au mineur; car il s'agit alors d'un acte tout avantageux au mineur, d'une acquisition à titre gratuit.

Des considérations très-graves justifient néanmoins la condition que la loi impose au tuteur d'obtenir l'autorisation du conseil de famille.

Et d'abord, pour toute donation, fût-elle même sans aucune charge, il importe d'examiner les motifs qui la déterminent; il se pourrait, sous ce rapport, que les plus puissantes raisons de convenance et d'honneur fissent un devoir à la famille de ne point accepter la donation offerte au mineur, quelquefois même de la repousser d'autant plus qu'elle serait plus avantageuse et plus séduisante.

Toute donation aussi, fût-elle même encore sans aucune charge, peut exposer le donataire, dans une certaine mesure, à une demande d'aliments de la part du donataire (art. 955-3°).

Enfin la donation peut être accompagnée de conditions et de charges (art. 953, 954) qui exigent qu'avant de l'accepter, l'on y réfléchisse et l'on examine.

Examen nécessaire, surtout dans l'opinion dont nous parlerons plus tard, et d'après laquelle le donataire serait obligé personnellement, comme un débiteur ordinaire, sur ses propres biens, à exécuter les charges de la donation une fois acceptée, fussent-elles devenues pour lui très-onéreuses (*voy.* notre t. VI, n° 600, p. 506).

Examen nécessaire aussi dans le cas même où l'on admettrait pour le donataire la faculté de se dégager des charges, en abandonnant les biens donnés; car cet abandon amènerait entre le donateur et le donataire, eu égard à l'état actuel des biens et aux détériorations qu'ils pourraient avoir subies, un règlement par suite duquel le mineur pourrait se trouver en perte.

705. — Toutefois, l'article 935, en rappelant d'abord la disposition de notre article 463, y ajoute, en ce qui concerne l'acceptation de la donation faite au mineur, une modification fort importante :

« La donation faite à un mineur non émancipé ou « à un interdit devra être acceptée par son tuteur, con- « formément à l'article 463, au titre *de la Minorité, de « la Tutelle et de l'Émancipation.*

« Le mineur émancipé pourra accepter avec l'assis- « tance de son curateur.

« *Néanmoins les père et mère du mineur émancipé ou « non émancipé, ou les autres ascendants, même du vi- « vant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tu- « teurs ni curateurs du mineur, pourront accepter pour « lui.* »

Les auteurs du Code Napoléon ont pensé que la qualité de père, mère ou ascendant du mineur offrait de suffisantes garanties; et suivant la dispostion de l'article 7 de l'ordonnance de 1735, ils s'en sont entièrement rapportés à leur tendresse et à leur sollicitude.

Le père, la mère ou tout autre ascendant, lors même qu'il n'est pas tuteur, peut donc accepter seul et sans autorisation du conseil de famille, la donation faite au mineur.

Et, par conséquent, il n'a pas non plus besoin de cette autorisation, lorsqu'il est tuteur. Il est impossible que son titre de tuteur lui enlève le droit que lui confère son titre d'ascendant. L'ascendant tuteur pourra donc accepter seul la donation, non pas en vertu de l'article 463, mais en vertu de l'article 935 (comp. Cass., 25 juin 1812, Lebouchel, Sirey, 1812, I, 400; Nîmes, 10 avril 1847, Agniel, Dev., 1848, II, 130; Zachariæ, t. I, p. 230; Taulier, t. IV, p. 66; Duranton, t. VIII, n° 441).

706. — Que si la donation était faite au mineur

par le tuteur lui-même, celui-ci, bien entendu, ne pourrait pas l'accepter; car il ne saurait remplir en même temps dans cet acte le double rôle de donateur et de représentant du donataire.

L'acceptation devrait donc être faite soit par le subrogé tuteur autorisé à cet effet par le conseil de famille (art. 420 et 463), soit même par un tuteur *ad hoc* nommé par le conseil (arg. de l'article 936; comp. Cass., 11 juin 1816, Bouhier, Sirey, 1817, I, 114; Riom, 14 août 1829, Morel, D., 1832, II, 76; Ricard, *des Donations*, part. I, n° 859; Merlin, *Rép.*, v° *Mineur*, § 7, n° 4; Toullier, t. V, n° 202; Duranton, t. VIII, n 443).

707. — Quelques difficultés fort graves se sont élevées sur l'article 935, qui confère ainsi à tout ascendant la faculté individuelle et directe d'accepter la donation faite au mineur.

Mais ces difficultés ne se rattachant pas à l'administration de la tutelle, nous devons les renvoyer au titre *des Donations*.

C'est également à ce titre, que nous aurons à déterminer quel est l'effet de la donation entre-vifs, quels sont le caractère et l'étendue de l'obligation qui en résulte pour le donataire.

Bornons-nous à constater ici que, d'après l'article 463, la donation produit, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur.

708. — Le Code Napoléon garde, en ce qui concerne les legs à titre particulier, qui seraient faits au mineur, le même silence que nous avons déjà remarqué, en ce qui concerne les legs universels ou à titre universel (*supra*, n° 703).

Zachariæ enseigne que « l'on devrait *peut-être* appliquer aux legs particuliers la disposition de l'article 463 sur les donations. » (T. I, p. 230; ajout.

Aubry et Rau (nouv. édit.), t. I, p. 402; Demante, t. II, n° 224 *bis*, II; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 265, 266.)

Il faudrait, d'après M. Taulier, faire une distinction :

Le tuteur pourrait accepter, sans autorisation du conseil de famille, un legs particulier fait sans charges; tandis que cette autorisation lui serait nécessaire pour accepter un legs particulier grevé de charges par le testateur (t. II, p. 70).

Quant à M. Duranton, il semble résulter de sa doctrine qu'en aucun cas, le tuteur n'aurait besoin de l'autorisation du conseil de famille pour accepter un legs particulier (t. III, n° 582).

La vérité est que cette question d'acceptation présente, à l'égard d'un legs, beaucoup moins d'intérêt qu'à l'égard d'une donation entre-vifs.

Dans le cas d'une donation, en effet, il importe au plus haut point que l'acceptation soit faite au plus tôt et régulièrement; car jusque-là, rien n'est acquis; et le changement de volonté du donateur, son décès, le décès du mineur, etc., peuvent mettre à néant ce qui n'est encore qu'une offre, qu'une espèce de *pollicitation* de la part du donateur. Ajoutez que cette acceptation est solennelle, et que la question de savoir par qui elle peut être faite, est très-souvent fort délicate.

Bien différent est le legs, qui confère au légataire, dès le jour du décès du testateur, un droit acquis à la chose léguée (art. 1014).

En cet état, et dans le silence du Code Napoléon, nous croyons qu'il faut distinguer :

A l'égard des tiers, c'est-à-dire à l'égard des héritiers du testateur, des légataires universels, ou de tous autres débiteurs du legs particulier (art. 1017), le tuteur a qualité pour en demander, seul et sans autori-

sation, la délivrance, du moins lorsque l'objet du legs est mobilier. Le tuteur en effet exerce seul les actions mobilières du mineur; et aucun texte ne le soumet, dans ce cas, à la nécessité d'une autorisation du conseil de famille. Après tout, je le répète, le droit est acquis au mineur.

Tout au plus, si l'objet du legs est un immeuble, les tiers, débiteurs de ce legs, auxquels la délivrance en serait demandée par le tuteur, pourraient-ils, par voie d'exception dilatoire, exiger qu'il représentât une autorisation de la famille, en vertu de l'article 464, qui ne lui permet pas d'exercer seul les actions relatives aux droits immobiliers du mineur.

Mais dans ses rapports avec le conseil de famille, le tuteur lui-même fera bien de demander une autorisation, afin d'agir en délivrance de tout legs particulier fait au mineur.

Nous pensons même que ce serait là, pour lui, un devoir, si le legs était grevé de charges; devoir dont l'inaccomplissement pourrait, suivant les cas, engager, plus ou moins sérieusement, sa responsabilité personnelle (arg. des articles 461, 463; comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 438, 439).

709. — Nous pensons surtout qu'il ne pourrait, en aucun cas, répudier le legs sans l'autorisation du conseil de famille (arg. des articles 461, 463; L. 5, § 8, ff. *de Rebus eorum, qui sub tutel.*; Meslé, part. I, chap. VIII, n° 17; Taulier, t. II, p. 70).

710. — 3° Aux termes de l'article 464:

« Aucun tuteur ne pourra introduire en justice une « action relative aux droits immobiliers du mineur, « ni acquiescer à une demande relative aux mêmes « droits sans l'autorisation du conseil de famille. » (Comp. aussi art. 743, 744, Cod. de procéd.)

Aucun tuteur, dit le texte.

Cela est clair; et on ne comprend guère comment on a entrepris de soutenir que l'article 464 ne s'appliquait pas au père ou à tout autre ascendant tuteur.

Nous avons déjà remarqué d'ailleurs que, en règle générale, toutes les dispositions relatives à la tutelle s'appliquaient sans distinction à tous les tuteurs, sauf uniquement dans le cas où la loi elle-même avait excepté le père ou la mère (Angers, 3 avril 1811, Maubert, Sirey, 1813, II, 2).

711. — On peut demander pourquoi le tuteur n'a pas le pouvoir d'introduire seul une action relative aux droits immobiliers du mineur.

L'exercice, l'*introduction* d'une telle demande semblerait n'être qu'un acte d'administration et de conservation. Les jugements ou arrêts ne sont pas, bien entendu, translatifs, mais uniquement déclaratifs des droits préexistants; et ils ne renferment en conséquence aucune aliénation.

Il est vrai; et voilà bien pourquoi la loi elle-même n'exige pas, en effet, dans ce cas, toutes les formalités qu'elle exige dans le cas d'une aliénation (comp. art. 457, 458, 464).

Car nous ne saurions admettre l'opinion de Delvincourt, qui enseigne que l'homologation du tribunal serait aussi nécessaire dans ce cas (t. I, p. 120, note 6); notre article 464 ne l'exige pas du tout.

Mais l'aliénation néanmoins pourrait résulter indirectement d'une décision judiciaire soit : par la mauvaise direction qui serait donnée à la demande; soit par l'inopportunité de cette demande elle même, si elle était prématurément formée ou avant qu'on ait pu se procurer les preuves et les renseignements nécessaires; soit enfin par l'accord des parties, qui ne feraient qu'un simulacre de procès pour parvenir à une aliéna-

tion concertée d'avance ; aussi la loi a-t-elle cru qu'il était sage d'exiger, au moins, l'autorisation du conseil de famille.

Mais alors, direz-vous, pourquoi ne pas exiger aussi cette autorisation pour que le tuteur puisse défendre à une demande de ce genre?

Peut-être bien qu'en effet, logiquement, on aurait pu l'exiger aussi.

Toutefois, il y a entre la demande et la défense, une très-réelle différence.

Lorsque le tuteur est attaqué, il faut bien qu'il se défende; et pour se défendre, ou plutôt pour défendre les droits immobiliers du mineur, une autorisation du conseil de famille était inutile, d'autant plus que c'est sous les yeux de la justice, et en présence du ministère public, que les droits du mineur sont débattus (art. 83 procéd ; ajout. aussi article 480).

Que si le tuteur, au contraire, croit qu'il n'y a pas lieu de résister, alors l'autorisation lui devient nécessaire; car il ne pourrait pas acquiescer seul et sans autorisation.

712. — C'est donc seulement afin *d'introduire* en justice une action immobilière, que le tuteur a besoin d'être autorisé par le conseil de famille.

D'où il suit que l'autorisation ne lui est pas nécessaire :

1° Pour y défendre, ainsi que nous venons de le remarquer (*supra*, n° 711);

2° Pour suivre ou pour reprendre une action immobilière précédemment introduite (Metz, 26 prairial an XIII, Guillon, Sirey, 1807, II, 1242, Duranton, t. III, n° 583; de Fréminville, t. II, n° 617; Magnin, n° 694; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 415);

3° Pour employer les voies légales de recours contre la décision judiciaire.

713. — On a proposé, sur ce dernier point, des distinctions qui ne nous paraissent pas exactes.

C'est ainsi que M. Talandier enseigne :

« Qu'en principe, le tuteur, *demandeur* dans l'instance principale et immobilière, ne peut appeler sans une nouvelle autorisation ; mais que le *défendeur* qui a succombé, peut appeler sans autorisation; dans ce cas, l'appel est la continuation de la défense. » (*Traité de l'Appel*, n° 26).

Tandis que de son côté, M. de Fréminville présente une autre distinction diamétralement contraire :

« Le tuteur autorisé à exercer une action immobilière, a par cela même (dit cet auteur) pouvoir d'élever appel sans nouvelle autorisation : mais le tuteur qui, en qualité de défendeur, et par conséquent sans autorisation, a résisté à une action dirigée contre le mineur, ne pourrait se rendre appelant du jugement sans une autorisation du conseil de famille. » (T. II, n° 619.)

M. Taulier va encore beaucoup plus loin ; il enseigne que le conseil de famille ne pourrait pas, même dès le principe, autoriser le tuteur à parcourir librement tous les degrés de juridiction, et qu'il doit se réserver le moyen d'apprécier la décision qui a été rendue, afin de voir s'il y a lieu ou s'il n'y a pas lieu de prolonger la lutte (t. II, p. 72).

Nous croyons, au contraire, que le tuteur n'a pas besoin d'autorisation pour interjeter appel.

L'appel n'est pas, sous ce rapport, une nouvelle instance ; il n'est que la continuation de la même demande ou de la même défense.

Si donc le tuteur était demandeur, l'autorisation déjà obtenue lui suffit.

S'il était défendeur, il n'a pas plus besoin d'autorisation pour porter appel, c'est-à-dire pour porter la défense devant le second degré de juridiction, qu'il n'en

avait eu besoin pour défendre à la demande en première instance.

On pourrait seulement reconnaître au conseil de famille le droit de retirer son autorisation après le jugement et de faire notifier au tuteur et à la partie adverse, la nouvelle délibération (Nîmes, 2 juillet 1829, Chayard, D., 1829, II, 301; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 416; *voy.* aussi notre *Traité du Mariage et de la séparation de corps*, t. II, nos 285-290).

714. — La Cour d'Orléans a très-justement décidé que la circonstance que des parties majeures, ayant le même intérêt que le mineur, introduisent une action immobilière, ne dispense pas le tuteur de l'obligation d'obtenir l'autorisation du conseil de famille pour introduire lui-même cette demande (19 juin 1829, Guyard, D., 1832, II, 195).

Les termes absolus de l'article 464 ne comportent aucune exception de ce genre; et c'est en vain que l'on invoquerait en sens contraire, les dispositions toutes spéciales des articles 2207 du Code Napoléon et 954 du Code de procédure.

715. — Nous avons déjà remarqué, au reste, que le seul droit de l'adversaire du mineur, dans le cas où le tuteur introduirait contre lui une action immobilière sans y être autorisé, est de demander par voie d'exception dilatoire, que le tuteur soit tenu d'apporter cette autorisation (*supra*, n° 687).

Mais l'autorisation même postérieure effacerait la nullité ou plutôt l'irrégularité des procédures antérieurement faites (Bruxelles, 4 juillet 1811, Vanwiesnesch, Sirey, 1812, II, 274; Cass., 24 août 1813, Terrasse, Sirey, 1814, I, 5; Bourges, 25 janvier 1832, N. C. Lariche, Dev., 1832, II, 556).

D'où la conséquence qu'après la décision judiciaire rendue, le tiers ne saurait se prévaloir du défaut

d'autorisation (art. 225, 1125; Cass., 11 déc. 1810, Canivet, Sirey, 1811, I, 52; Cass., 4 juin 1818, Galzin, Sirey, 1819, I, 240; Bordeaux, 20 août 1838, Lafaye, Dev., 1838, II, 204; Cass. 19 janvier 1841, Ceysson, Dev., 1841, I, 425; Merlin, *Répert.*, v° *Tutelle*, sect. v, § 1, p. 292, note 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 416; Massé et Vergé, t. I, p. 443; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 274).

716. — D'après l'article 464, le tuteur ne peut pas non plus acquiescer à une demande relative aux droits immobiliers du mineur sans une autorisation du conseil de famille.

Il est vrai qu'il pourrait, sans autorisation, faire à un acquéreur la délivrance de l'immeuble précédemment aliéné par l'auteur du mineur (comp. L. 5, § 7, ff. *de Reb. eorum qui sub. tut.;* Meslé, part. I, chap. VIII, n° 17; Delvincourt, t. I, p. 120, note 6).

Mais la demande formée en justice, supposant que le droit peut être douteux, la loi exige alors la garantie de l'autorisation du conseil de famille.

Et par suite, nous croyons que le tuteur ne pourrait pas, sans cette autorisation, se désister d'une demande relative à ces mêmes droits que le conseil de famille l'aurait autorisé à former (Douai, 17 janv. 1820, Poiteau, D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 745, n° 63; Magnin, t. I, n° 698; de Fréminville, t. II, n° 620; *voy.* aussi *supra*, n° 684).

717. — Mais avec l'autorisation du conseil de famille, le tuteur peut acquiescer ou se désister.

Nous ne pouvons pas admettre l'opinion de certains auteurs, qui enseignent que l'homologation du tribunal est en outre nécessaire (comp. Pigeau, *Procéd. civ.*, t. I, p. 549; de Fréminville, t. II, n° 619, p. 68; D., *Rec. alph.*, nouvelle édition, t. II, v° *Acquiescement*, sect. II, art. 2, n° 140).

L'article 464 n'exige en aucune manière cette homologation.

A quel tribunal d'ailleurs pourrait-on la demander, si le tribunal saisi du procès était le même que celui qui devrait l'accorder ?

Et puis enfin, autre chose est l'aliénation prévue par l'article 457, et la transaction prévue par l'article 467 ; autre chose, l'acquiescement et le désistement.

L'acquiescement et le désistement supposent que le droit de l'adversaire du mineur est incontestable et irrésistible ; la loi n'a pas voulu alors que les représentants du mineur fussent obligés de plaider quand même ! de plaider envers et contre tout ! pour faire certainement condamner le mineur aux dépens ; et elle a cru que dans de telles circonstances l'autorisation de la famille était suffisante.

718. — Que si le tiers, refusant d'accepter l'acquiescement ou le désistement consenti par le tuteur ainsi autorisé, demandait néanmoins une décision judiciaire, les frais devraient en être à sa charge.

Car nous croyons qu'en règle générale, cet acquiescement ou ce désistement, s'il était de tous points sincère et loyal, offrirait sécurité aux tiers (Caen, 4e chambre, 19 novembre 1844, Labesnardière ; *voy.* toutefois Delvincourt, t. I, p. 120, note 6, et Duranton, t. III, n° 584).

719. — Maintenant, qu'est-ce que c'est qu'une action immobilière ?

Et dans quels cas, sous ce rapport, l'article 464 est-il applicable ?

Cette question n'appartient plus à notre sujet, ainsi que déjà nous l'avons remarqué (*supra*, n° 686).

Des doutes sérieux peuvent, il est vrai, s'élever encore sous ce nouveau point de vue.

Mais la solution en doit être cherchée beaucoup moins dans les règles particulières de la tutelle, que dans les règles générales, qui servent à distinguer les actions mobilières d'avec les actions immobilières.

C'est ainsi qu'on a mis en question si le tuteur a besoin d'autorisation :

Pour former une surenchère (art. 2185).

On pourrait dire, en faveur de l'affirmative, que le tuteur peut faire seul des acquisitions, à titre d'emploi, avec les capitaux du mineur, et que la surenchère est une voie pour parvenir à l'acquisition.

Mais aussi c'est une voie, à certains égards, judiciaire, et qui, sous ce rapport, paraît bien rentrer dans l'application de l'article 464 (Troplong, *des Hypothèques*, t. IV, art. 2185, n° 653).

Pour exercer l'action en réméré (comp. Paris, 6 ventôse an XII, Lafontaine, Sirey, 1807, II, 1259; Riom, 4 déc. 1822, Chabanier, D., 1827, I, 79), et *a fortiori*, pour proroger, au bénéfice de l'acheteur d'un immeuble appartenant au mineur, le délai de la faculté de rachat (Dumoulin, *Consuet. paris.*, t. I, p. 492, col. 2).

Pour exercer :

Une action tendant à affranchir l'immeuble du mineur d'un droit de servitude (Orléans, 10 juin 1829, Guyard, D., 1832, II, 195);

Ou une action à fin de payement du droit dans la mitoyenneté d'un mur appartenant au mineur (Bordeaux, 20 juin 1828, Laloubeyre, Sirey, 1829, II, 23);

Ou une action en rescision d'une vente d'immeubles pour cause de lésion de plus de sept douzièmes (comp. Cass., 23 prairial an XII, Dubout, Sirey, 1804, I, 369; Bourges, 25 janvier 1832, N. C. Lariche, D., 1832, II, 184).

Nous reviendrons en temps et lieu sur ces différentes questions.

720. — 4° D'après l'article 465, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur pour provoquer un partage.

Peu importe la cause de l'indivision : succession, communauté, société ; le texte est général, et les motifs sont, dans tous les cas, les mêmes (art. 1476, 1872).

Si le partage n'est pas une aliénation comme une autre, on ne peut nier néanmoins qu'il ne participe du caractère de l'aliénation.

La question d'opportunité, d'ailleurs, est ici d'une grande importance ; et la loi a voulu que le conseil de famille lui-même examinât s'il ne convient pas de laisser durer l'indivision jusqu'à la majorité du mineur, afin d'éviter les frais d'un partage judiciaire.

De ce dernier motif, résultent deux conséquences :

1° Le tuteur n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille pour répondre à une demande en partage formée contre le mineur ; car nul n'étant forcé de rester dans l'indivision (art. 815), il faut bien alors, bon gré mal gré, procéder au partage ; et l'autorisation du conseil de famille ne pouvant pas être refusée, il est très-inutile de la demander (comp. art. 465, IIe partie, 460, 464).

2° Mais le tuteur a besoin d'autorisation, dans tous les cas où il veut provoquer le partage, lors même que tous les biens à partager seraient meubles ; car le partage, même des meubles, doit être fait en justice ; aussi l'article 465, Ire partie, est-il absolu (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, nos 555 et suiv. ; Paris, 13 pluviôse an XII, Henrion, Sirey, 1804, II, 100 ; *infra*, n° 747 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 442 ; Aubry et Rau, t. I, p. 415 ; Demante, t. II, n° 226 *bis*, I et II).

721. — Nous venons de dire que le partage dans lequel un mineur est intéressé, doit être fait en justice.

C'est ce que déclare l'article 466, qui indique en même temps les formalités nécessaires à observer pour que le partage obtienne, à l'égard des mineurs, le même effet qu'il aurait à l'égard des majeurs.

Ces formalités, au reste, sont complétées soit par le Code Napoléon (art. 819 et suiv.), soit surtout par le Code de procédure (art. 966 et suiv.).

Pendant longtemps, des plaintes vives et nombreuses s'élevèrent contre ces formalités dispendieuses, dont l'exécution, en ce qui concernait les valeurs modiques, était véritablement parfois impossible, parce qu'elles les auraient dévorées en frais.

C'est pour faire droit à ces réclamations que la loi du 2 juin 1841 a modifié les articles 966 et suivants du Code de procédure.

C'est au titre *des Successions* que nous devrons nous occuper de tout ce qui concerne les partages intéressant un mineur. (*Voy.* notre *Traité des Successions*, t. III, n[os] 592 et suiv.).

722. — Bornons-nous à dire ici que s'il y a plusieurs mineurs qui aient des intérêts opposés dans le partage, il doit leur être nommé à chacun un tuteur spécial et particulier (art. 838 C. Nap.; 968 procéd.; *voy.* aussi *supra*, n° 428).

723. — Il faut aussi remarquer que l'autorisation du conseil de famille et les formalités de justice ne sont nécessaires que lorsqu'il s'agit de faire, au nom du mineur, un partage définitif, un partage qui obtienne, *pour le mineur, tout l'effet qu'il aurait entre majeurs* (art. 466).

Mais nous croyons que le tuteur a qualité pour faire seul, et sans autorisation, un simple partage de jouis-

sance, un partage purement provisionnel (comp. art. 466, 818, 840).

Ce partage de jouissance pourra même être consenti par le tuteur pour une durée de plusieurs années, (pourvu toutefois qu'elle n'excède pas cinq ans, art. 815), de manière que le partage définitif de la propriété ne puisse être provoqué, ni d'un côté ni de l'autre, avant l'expiration de la période convenue.

724. — Objectera-t-on que le tuteur, renonçant ainsi, pour le mineur, au droit de provoquer le partage définitif, pendant un certain temps, dépasse ses pouvoirs personnels et porte même atteinte aux pouvoirs du conseil de famille, que la loi charge d'apprécier s'il y a lieu ou s'il n'y a pas lieu de provoquer le partage?

La réponse est qu'en règle générale, le conseil de famille est seulement chargé d'autoriser le tuteur.

Ce qui suppose que l'initiative ne lui appartient pas.

C'est le tuteur seul, en effet, qui administre et qui prend l'initiative de toutes les mesures; c'est lui qui doit en saisir le conseil.

Mais le conseil de famille n'a pas, en général, le droit :

Soit d'empêcher le tuteur de faire un acte qu'il a le pouvoir de faire sans autorisation;

Soit de le contraindre à faire un acte pour lequel l'autorisation lui est nécessaire.

Sans doute, le conseil de famille peut trouver, suivant les cas, dans la résistance que le tuteur opposerait à ses recommandations, à ses défenses ou à ses injonctions, une preuve d'incapacité ou d'infidélité; il peut donc le destituer.

Mais il ne peut pas, s'il lui laisse la tutelle, s'ingérer lui-même dans l'administration.

725. — Dans quels cas le tuteur aura-t-il voulu

faire, avec les copropriétaires du mineur, un simple partage de jouissance?

Dans quels cas, au contraire, aura-t-il voulu faire, même en n'observant pas les formalités de justice, un partage définitif?

C'est là une question de fait et d'interprétation.

Question fort grave d'ailleurs, et d'une grande importance.

Car si toutes les parties n'ont entendu faire qu'un simple partage provisionnel, leur position est égale; et le mineur ne peut pas plus que le majeur demander la nullité de cette convention que son tuteur avait qualité pour faire seul et sans formalités.

Nous ne faisons d'ailleurs qu'indiquer ici ce point, sur lequel nous reviendrons (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. III, nos 689 et suiv.).

726. — Telles sont les quatre hypothèses dans lesquelles, d'après les articles 461, 463, 464 et 465, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante.

Il en est une aussi formellement prévue par la loi du 24 mars 1806 (*supra*, n° 591).

Et nous avons vu que dans beaucoup d'autres cas encore, on a mis en question si cette autorisation est ou n'est pas nécessaire au tuteur (*supra*, nos 587 et suiv.).

3° *Des actes, pour lesquels l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont nécessaires.*

SOMMAIRE.

727. — Énumération des actes pour lesquels le tuteur doit obtenir tout à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.

728. — 1° De l'emprunt. — Dans quels cas et sous quelles conditions peut-il avoir lieu?

bunal, dans les cas où elles sont exigées, doivent-elles être nécessairement obtenues par le tuteur avant la réalisation de l'acte dont il s'agit?

727. — Les actes pour lesquels le tuteur doit obtenir tout à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation de la justice, sont :

1° L'emprunt;

2° L'aliénation des biens immeubles du mineur;

3° L'hypothèque (art. 457, 458);

4° La transaction (art. 467).

Nous allons voir aussi qu'indépendamment de l'autorisation de la famille et de l'homologation judiciaire, certaines conditions et formalités sont, en outre, exigées pour chacun de ces actes (comp. art. 457, 458, 459, 467).

728. — 1° De l'emprunt.

C'est là, en effet, un acte très-grave et une voie périlleuse qui peut mener à la ruine.

Aussi la loi déclare-t-elle à *tout tuteur* qu'il ne peut emprunter pour le mineur, emprunter, dis-je, même sans hypothèque, qu'avec une autorisation du conseil de famille, homologuée par la justice (art. 457; *voy.* aussi art. 484).

L'article 457 ajoute (second et troisième alinéa) :

« Cette autorisation ne devra être accordée que pour « cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évi« dent.

« Dans le premier cas, le conseil de famille n'accor« dera son autorisation qu'après qu'il aura été con« staté, par un compte sommaire présenté par le tu« teur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du « mineur sont insuffisants. »

L'article 56 du projet (correspondant à notre article 457) indiquait même d'abord les cas dans lesquels cette autorisation pourrait être accordée, savoir :

« Ou le payement d'une dette onéreuse et exigible;

« Ou des réparations d'une nécessité urgente;

« Ou le besoin de procurer au mineur une profession ou un établissement avantageux. » (Locré, *Législ. civ.*, t. VII, p. 139, 140.)

Mais on a supprimé très-justement cette énumération, qui semblait être limitative, pour laisser au conseil de famille et au tribunal la faculté d'apprécier plus librement, dans l'intérêt même du mineur, les causes de nécessité ou d'avantage.

Le Code se borne à leur recommander de ne s'arrêter qu'à une nécessité *absolue* ou à un avantage *évident*.

Et il n'y aurait pas nécessité absolue, s'il n'était pas constaté que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants pour satisfaire aux besoins auxquels l'emprunt demandé est destiné à pourvoir.

Cette dernière condition nous paraît devoir être remplie, malgré un arrêt contraire de la Cour de Bordeaux, lors même que l'emprunt aurait pour but de préserver d'expropriation forcée un immeuble du mineur; n'est-ce pas là, en effet, un cas de nécessité comme un autre? (17 mars 1843, Puygonthier, Dev., 1843, II, 424.)

729. — Toullier enseigne (t. II, n° 1223) que l'autorisation du conseil de famille suffirait, sans homologation judiciaire :

1° S'il s'agissait de faire un emprunt sans hypothèque pour payer une dette certaine et exigible;

2° S'il s'agissait de rembourser une dette hypothécaire et exigible, avec subrogation au profit du prêteur.

L'auteur de l'*Encyclopédie des juges de paix* n'admet pas cette doctrine pour le premier cas; mais il l'admet

entièrement pour le second (t. V, v° *Tutelle,* § 2, art. 4, n° 2; *voy.* aussi Marchant, *Code de la minorité,* p. 301, n° 39).

M. Chardon au contraire va plus loin ; et il professe non-seulement que le tuteur n'aurait pas alors besoin de demander l'homologation du tribunal, mais qu'il serait même dispensé d'obtenir l'autorisation du conseil de famille (*Puiss. tutél.*, t. III, n° 410).

Ces dissidences ne prouveraient-elles pas déjà que cette doctrine n'est pas conforme au texte même de la loi?

S'il s'agit d'un emprunt, les articles 457 et 458 sont applicables; car l'article 457 est absolu, et il ne distingue pas entre les causes qui peuvent rendre l'emprunt nécessaire (*voy.* aussi l'article 483);

Or, il est impossible de nier que les deux opérations, indiquées plus haut par Toullier, ne renferment un emprunt;

Donc, les articles 457 et 458 sont applicables.

Et nous croyons qu'en effet il y aurait danger à poser en principe qu'ils ne le sont pas.

L'emprunt, alors même qu'il est destiné à éteindre une dette certaine et exigible, alors même qu'il est fait avec subrogation à une hypothèque déjà existante, et que sous ce double rapport, la position du mineur paraîtrait n'être pas changée, l'emprunt, disons-nous, pourrait néanmoins être fait à des conditions nouvelles, à des conditions différentes de celles de la première dette ; et il est nécessaire que le tuteur n'en soit pas le seul juge.

Le désir d'épargner au mineur les frais d'une homologation judiciaire, ne doit donc pas nous faire dévier du principe.

Sans doute, si l'opération faite par le tuteur sans homologation judiciaire, d'après l'avis de Toullier,

ou même sans autorisation de la famille, d'après l'avis de Chardon, si cette opération est utile au mineur, si l'emprunt par exemple a été fait à un taux d'intérêts inférieur à celui de la dette qu'il a servi à éteindre, le mineur ne pourra pas se plaindre. Ce sera une bonne gestion d'affaires (arg. de l'article 1375; *voy.* aussi Pothier, *Traité du Contrat de rente*, chap. III, § 1, n° 56).

Mais, en principe, il n'en sera pas moins vrai que l'opération n'aura pas été rigoureusement conforme aux prescriptions de la loi (Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 405, 406).

730. — Je n'ai pas mis en doute que l'homologation judiciaire de l'autorisation du conseil de famille, était requise pour l'emprunt, comme elle l'est certainement aussi, suivant moi, pour l'hypothèque.

Il faut pourtant que je dise qu'on a prétendu que cette homologation n'était nécessaire que pour l'aliénation ; et l'on s'est fondé sur ce que, d'une part, l'article 457 n'exige pour l'emprunt ou l'hypothèque que l'autorisation du conseil de famille, et d'autre part sur ce que l'article 458, qui exige l'homologation de justice, ne se réfère qu'au cas d'aliénation.

C'est du moins ainsi qu'on a voulu interpréter ces mots de l'article 458 :

« Les délibérations du conseil de famille *relatives à cet objet*.... c'est-à-dire à *l'aliénation*, dont il vient d'être immédiatement question dans la fin de l'article 457. » (Locré, sur l'article 458; *voy.* aussi Toullier, t. II, n° 1223.)

La réponse nous paraît facile :

1° L'article 457 réunit, dans la même disposition, l'emprunt, l'aliénation et l'hypothèque ; et sa pensée est certainement de les soumettre aux mêmes conditions.

L'article 458 n'est lui-même que la suite et le développement de cette pensée; et lorsqu'il porte que les délibérations relatives à *cet objet*, devront être homologuées, il se réfère à l'objet complexe, au triple objet, dont il est question dans l'article 457, et il a bien raison; car ces trois opérations menacent également les immeubles du mineur.

2° L'article 483 est d'ailleurs formel; et il n'y a pas à douter que cet article ne fait qu'étendre au mineur émancipé les mêmes garanties, que la loi avait déjà établies, par les articles 457, 458, en faveur du mineur non émancipé (Merlin, *Rép.*, t. V, v° *Hypoth.*, sect. II, § 3, art. 6, et *Quest. de droit*, t. III, eod. v°, § 4; Pigeau, t. II, p. 283; Magnin, t. I, n° 691; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 405; Massé et Vergé, t. I, p. 437).

731. — 2° De l'aliénation des biens immeubles du mineur.

La loi veille, avec une grande sollicitude, à la conservation des immeubles du mineur; elle veille aussi à ce que le tuteur ne provoque pas cette aliénation *lucri sui gratia* (L. 11, § 5, ff., *de Rebus eorum, qui sub tut.*).

Et voilà pourquoi elle exige, pour que l'aliénation en soit permise :

1° L'autorisation du conseil de famille;

Et, à l'égard de cette autorisation, il faut noter :

A. Qu'elle ne doit être accordée par le conseil que dans le cas de nécessité absolue ou d'avantage évident (*supra*, n° 728; *voy.* aussi art. 1558);

B. Que la nécessité, lorsque le tuteur déclare qu'elle existe, doit être justifiée par un compte sommaire, constatant que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants.... *rationes item synopsim bonorum pupillarium* (ff. *loc. supra cit.*; Caen, 23 déc. 1848, Martine, *Rec. des arrêts de Caen*, t. XII, p. 507);

C. Que, dans tous les cas, le conseil doit indiquer les immeubles qui doivent être vendus de préférence (L. 5, § 10, ff. *de Rebus eorum, qui sub tutela*) et toutes les conditions qu'il jugera utiles (art. 457).

Ajoutons, d'après l'article 953 du Code de procédure (revisé le 2 juin 1841) que le conseil de famille doit indiquer aussi la nature des biens et leur valeur approximative.

2° L'homologation de justice;

Et, à l'égard de cette homologation, il faut remarquer :

A. Qu'elle doit être demandée au tribunal du domicile du mineur, et non point à celui de la situation des biens (L. 5, § 12, ff. *de Rebus eorum, qui sub tut.; voy.* aussi *supra*, nos 250, 251);

B. Que le tribunal statue sur la demande du tuteur à cet effet, en la chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur impérial (art. 458); car la loi veut éviter la divulgation de l'état des affaires du mineur. D'où il suit que le rapport qui, aux termes de l'article 885 du Code de procédure, est fait, en ces sortes d'affaires, par un juge à ce commis, doit être fait aussi en la chambre du conseil. L'article 111 du Code de procédure, qui exige que tous rapports soient faits à l'audience, ne s'applique donc pas au rapport dont il s'agit, et qui est l'objet de la disposition spéciale de l'article 458 du Code Napoléon.

C'est par le même motif que le procureur impérial donne ses conclusions, non pas oralement, mais par écrit, au bas de l'ordonnance portant communication au ministère public et nomination du rapporteur (comp. art. 885, 886 procéd.; *voy.* aussi notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, nos 255, 256).

3° Enfin, la loi exige l'emploi des formalités judiciaires par elle prescrites.

Ces formalités indiquées par l'article 459, ont été spécialement réglées par le Code de procédure, dont la loi du 2 juin 1841 a depuis simplifié beaucoup les dispositions.

732. — Nous n'avons pas à tracer ici le tableau de ces procédures judiciaires.

Bornons-nous à signaler seulement quelques points qui se rapportent au texte même de nos articles du Code Napoléon.

C'est ainsi :

1° Que le conseil de famille doit (ainsi que nous l'avons déjà remarqué), dans l'avis qu'il donne sur la nécessité ou l'utilité de l'aliénation, énoncer en outre la nature des biens et leur valeur approximative (article 953 procéd.);

2° Qu'au lieu de trois affiches apposées par trois dimanches consécutifs (art. 459 C. Nap.), il n'y a plus lieu, en règle générale, qu'à une seule apposition de placards, sauf à donner, s'il y a lieu, à la vente une plus grande publicité, conformément aux articles 697 et 700 du Code de procédure (comp. art. 959, 960, 961 procéd. revisé);

3° Que la vente, qui d'après l'article 459 du Code Napoléon, devait être faite en présence du subrogé tuteur, peut être faite tant en son absence qu'en sa présence, dès qu'il y a été appelé; c'est-à-dire, dès que le jour, le lieu et l'heure de l'adjudication lui ont été notifiés un mois d'avance, avec avertissement qu'il y sera procédé tant en son absence qu'en sa présence (art. 962 procéd.).

733. — L'autorisation du conseil de famille et l'homologation judiciaire ne sont exigées que pour les aliénations *volontaires*, comme disait Pothier (*des Personnes*, part. I, titre VI, art. 3, § 2), c'est-à-dire pour celles que le tuteur fait lui-même directement.

Mais la loi, avec raison, ne les exige pas quand l'aliénation est *nécessaire*.

Cette dernière règle s'applique :

1° Dans le cas où un jugement a ordonné la licitation, sur la provocation du copropriétaire d'un immeuble appartenant, par indivis, à un mineur.

Nul n'étant forcé de rester dans l'indivision, la vente alors est nécessaire et ne saurait être empêchée.

Mais les formalités judiciaires, protectrices des droits du mineur, doivent toujours être remplies (comp. art. 460 C. Napol.; art. 953, 966 et suiv. procéd.).

Nous croyons donc que le subrogé tuteur devrait également être appelé (*voy.* toutefois Paris, 28 avril 1849, Laissus, D., 1850, I, 169).

Notons aussi que la loi exige que les étrangers soient nécessairement admis à surenchérir (art. 460, 1687 C. Nap.).

2° Dans le cas où le créancier du mineur poursuivrait l'expropriation forcée de ses immeubles « quia « non ex tutoris voluntate id fit, sed ex magistratuum « auctoritate. » (L. 3, § 1, ff. *de Rebus eorum ; voy.* toutefois les articles 2206, 2207.)

734. — 3° Notons encore un cas d'aliénation nécessaire, celui de l'expropriation pour cause d'utilité publique, et qui fait effectivement aussi l'objet d'une disposition spéciale.

L'article 13 de la loi du 3 mai 1841 est ainsi conçu :

« Si des biens de mineurs, d'interdits, d'absents ou autres incapables, sont compris dans les plans déposés en vertu de l'article 5, ou dans les modifications admises par l'administration supérieure, aux termes de l'article 11 de la présente loi, *les tuteurs*, ceux qui ont été envoyés en possession provisoire et tous représen-

tants des incapables, *peuvent, après autorisation du tribunal donnée sur simple requête, en la chambre du conseil, le ministère public entendu, consentir amiablement à l'aliénation desdits biens.*

Le tribunal ordonne les mesures de conservation ou de remploi qu'il juge nécessaires.

735. — Mais d'ailleurs, nous croyons que les articles 457 et 458 sont applicables dans tous les cas où il s'agit d'aliéner, de quelque manière que ce soit, un immeuble, un droit immobilier appartenant au mineur.

Le tuteur ne pourrait donc, qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation de justice :

Consentir un usufruit, un bail emphytéotique, une servitude passive sur les immeubles du mineur ;

Ou renoncer à une servitude active (Ferrières, part. IV, sect. IX, p. 246) ;

Ou aliéner les mines ou carrières, qui constituent les entrailles mêmes du sol appartenant au mineur (L. 3, § 6, ff. *de Rebus eorum, qui sub tutel.; supra*, n° 647).

Et c'est ainsi qu'on a également décidé que ces conditions d'autorisation et d'homologation étaient nécessaires pour que le tuteur pût valablement proroger le délai fixé pour l'exercice d'un réméré (Cass., 18 mai 1813, Rivoyra, Sirey, 1813, I, 326 ; *supra*, n° 719; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 404, 405; Massé et Vergé, t. 1, p. 436).

736. — A la vérité, dans plusieurs de ces cas, l'accomplissement des formalités judiciaires prescrites pour l'aliénation des immeubles du mineur (*supra*, n° 732), ne pourra pas avoir lieu ; et par exemple, il est clair que l'adjudication publique sera impossible, s'il s'agit de concéder une servitude sur un immeuble du mineur au profit d'un immeuble contigu, appartenant à un autre propriétaire.

Mais il n'en faut pas sans doute conclure que pendant toute la durée de la tutelle, aucune servitude passive ne puisse absolument être consentie sur les immeubles du mineur; et nous ne croyons pas, en effet, que telle soit l'opinion de Pardessus, quoiqu'il se borne à dire que les tuteurs ne peuvent pas consentir de servitudes (*Traité des Servitudes*, n° 246).

Il se pourrait que l'établissement d'une servitude, très-peu onéreuse pour le mineur, fût pour lui l'occasion d'un bénéfice considérable, si le propriétaire voisin y mettait, lui! un grand prix; et c'est, je crois, se conformer à la véritable pensée du législateur que d'appliquer alors les articles 457 et 458 (comp. notre *Traité des Servitudes*, t. II, n°s 746 et 763).

737. — C'est par le même motif que nous pensons que l'échange d'un immeuble appartenant au mineur contre un autre immeuble, pourrait être faite par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (art. 1707).

Nous n'ignorons pas que la doctrine contraire a ses partisans (comp. Cass., 26 août 1807, Harict, Sirey, 1807, I, 437; Zachariæ, t. I, p. 229, note 11).

Mais cette doctrine serait très-regrettable; car elle pourrait faire obstacle à un échange, peut-être tout à fait à la convenance du mineur et qui constituerait un acte de très-intelligente et très-utile gestion.

Aussi pensait-on généralement autrefois que le tuteur pouvait consentir un contrat d'échange avec autorisation du juge, après avis des parents (comp. L. 4, Cod. *de Prædiis et aliis reb· min.;* Meslé, part. I, chap. VIII, n° 22).

Il paraît bien difficile d'admettre que le Code Napoléon ait voulu priver le mineur du bénéfice de ce contrat, qu'il a autorisé même en ce qui concerne les immeubles dotaux (art. 1559; comp. Valette sur

Proudhon, t. II, p. 384; de Fréminville, t. II, n° 730; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 404; Massé et Vergé, t. I, p. 437; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 250).

737 *bis.* — Il serait même permis de mettre en question si on ne devrait pas autoriser la vente d'un immeuble du mineur, sans publicité ni concurrence, c'est-à-dire sans affiches ni enchères, dans le cas où le conseil de famille et le tribunal croiraient qu'il est dans le plus grand intérêt du mineur de procéder ainsi.

On pourrait, en faveur de l'affirmative, invoquer l'autorité des auteurs du *Nouveau Denizart*, dans leur article relatif à l'aliénation des biens ecclésiastiques :

« Il fallait, disaient-ils, distinguer deux sortes d'aliénation des biens d'Église : les unes, qui se font d'après un traité précédent avec une personne qui est convenue d'acquérir; les autres, qui se font sans avoir aucun acquéreur en vue, au moment où l'on prend le parti d'aliéner. Dans le second cas, les enchères sont indispensables ; on ne saurait, au contraire, les pratiquer dans le premier cas; et si l'on ne voulait vendre alors qu'au plus offrant, on ne trouverait pas autant que l'on peut attendre d'un spéculateur auquel on donne la facilité de faire un traité particulier, qui ne divulgue point ses intentions. » (T. I, *dicto verbo*, § 6, n° 4.)

Cette considération est assurément très-grave ; mais pourtant en présence des articles 457 et 458, il nous paraît impossible d'admettre une telle exception, qui d'ailleurs pourrait devenir elle-même une source d'abus considérables.

Il n'y aurait alors d'autre moyen pour le tuteur que de vendre sans formalités, et en se portant fort pour le

mineur; moyen qui se pratique souvent en fait, mais qui, en droit, n'est nullement régulier.

738. — 3° De l'hypothèque.

L'article 457 défend, d'une manière absolue, au tuteur d'hypothéquer les immeubles du mineur, sans une autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal (art. 457).

Et de la même manière que le tuteur ne pourrait pas emprunter même sans consentir d'hypothèque (*supra*, n° 728), il ne pourrait pas consentir d'hypothèque même sans emprunter.

Il ne pourrait point, par exemple, constituer seul une hypothèque au profit d'un ancien créancier, pour obtenir de lui un terme ou toute autre concession;

Encore moins au profit du créancier d'un tiers et dont ce tiers serait le seul débiteur; car il y aurait là une sorte de cautionnement réel (art. 2077), c'est-à-dire un contrat de bienfaisance (art. 1105) qui, sous cet autre point de vue, dépasserait encore les pouvoirs du tuteur.

739. — De là nous croyons aussi qu'il faut conclure que si le tuteur avait fait seul et sans autorisation, un emprunt avec constitution d'hypothèque au nom du mineur, l'hypothèque ne serait pas même valable jusqu'à concurrence du profit que le mineur aurait tiré de l'emprunt; le mineur ne serait tenu, dans la mesure de ce profit, que par une simple obligation personnelle.

En effet: 1° le mineur n'est pas tenu précisément, en vertu du contrat consenti par son tuteur, contrat que le tuteur n'avait pas le pouvoir de consentir; il est tenu, en quelque sorte, *ex lege*, en vertu du principe d'équité qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui (art. 1312.)

Or, la loi n'attache aucune garantie hypothécaire au profit des tiers à cette sorte d'obligation;

2° Le tuteur seul ne pouvait en aucun cas, affecter d'hypothèque les immeubles du mineur, fût-ce même pour une obligation valable. Autre chose est une obligation purement personnelle, autre chose une constitution d'hypothèque, qui pèse directement et spécialement sur la propriété immobilière du mineur (comp. Duranton, t. XIX, n° 348 ; de Fréminville, t. II, n° 747).

740. — Il n'est ici, bien entendu, question que de l'hypothèque conventionnelle.

Quant aux autres hypothèques, et particulièrement quant aux hypothèques judiciaires, elles émanent de la loi elle-même, directement ou indirectement; car en réalité, les hypothèques judiciaires ne sont aussi que des hypothèques légales (comp. art. 2121, 2123, 2124, 2126).

D'où la conséquence qu'elles grèvent les immeubles des mineurs comme des immeubles des majeurs, sans aucune condition ni formalité spéciale.

741. — Lorsqu'il s'agit de l'aliénation d'un immeuble du mineur, l'article 457 (dernier alinéa) dispose que le conseil de famille indiquera les immeubles qui devront être vendus de préférence et toutes les conditions qu'il jugera utiles.

Est-ce donc que lorsqu'il s'agit d'hypothèque, le conseil de famille ne doit pas aussi indiquer l'immeuble qu'il convient d'hypothéquer de préférence ?

Il est évident que la raison est la même ; car l'hypothèque renferme le germe de l'aliénation.

Si l'article 457 garde, à cet égard, le silence, c'est qu'à l'époque où il fut rédigé, on ignorait encore quelles seraient les bases du régime hypothécaire sous le Code Napoléon, et qu'on ne voulut sans doute alors rien préjuger incidemment.

Mais l'hypothèque conventionnelle ayant été ensuite déclarée spéciale (art. 2129), il est évident que d'après

l'esprit de la loi, c'est le devoir du conseil de famille de désigner les immeubles qui devront être hypothéqués, comme il désigne les immeubles qui devront être vendus.

742. — L'article 457 ne parle que de l'hypothèque.

Que décider, en ce qui concerne l'antichrèse? (Art. 2072, 2085 et suiv.)

Le tuteur pourrait-il seul donner à antichrèse les immeubles du mineur?

Ou faut-il, au contraire, observer, dans ce cas, les mêmes formalités que pour la constitution d'hypothèque?

Il serait nécessaire, pour discuter cette question, de déterminer le caractère et les effets de cette espèce de nantissement; or c'est là une thèse dont le développement serait ici un hors-d'œuvre.

L'antichrèse constitue-t-elle un droit réel? Et quels effets en résultent au profit du créancier antichrésiste contre les tiers?

Il s'en faut que l'on s'accorde encore sur ces questions (comp. en sens divers, Bourges, 24 juillet 1828, Neveu, Sirey, 1829, II, 259; Rouen, 28 août 1837, Ribard, D., 1839, II, 270; Cass., 31 mars 1851, Denet, Dev., 1851, I, 305; Paris, 24 juillet 1852, Rivolet, Dev., 1852, II, 657; ajout. l'article 1, n° 2, de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription).

Quoi qu'il en soit, nous croirions que le tuteur ne peut pas seul constituer une antichrèse sur les immeubles du mineur.

Le tuteur ne peut pas, même seulement à titre de bail, engager, pour plus de neuf ans, la jouissance des immeubles du mineur;

Or, d'une part, l'antichrèse est indéterminée dans sa durée (art. 2087); elle dépend, sous ce rapport, de la libre convention des parties; d'autre part, la loi n'a

pas limité cette durée, pour le cas spécial où l'antichrèse serait consentie par un tuteur;

Donc, il n'a pas été dans l'intention de la loi que le tuteur pût consentir seul cette espèce de contrat.

Objectera-t-on que le tuteur, du moins, devrait pouvoir le consentir pour une durée de neuf ans?

Mais cette limitation nous paraît arbitraire. Il ne s'agit pas ici d'une simple délégation de fruits ou de fermages. Notre question est de savoir si l'antichrèse, telle que la loi l'a établie, excède les pouvoirs du tuteur; et l'affirmative nous semble finalement le parti le plus sûr (Pau, 9 août 1837, Castepon, Dev., 1838, II, 250; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 405; Massé et Vergé, t. I, p. 436).

743. — 4° De la transaction (art. 2044).

Aux termes de l'article 467 :

« Le tuteur ne pourra transiger, au nom du mineur, « qu'après y avoir été autorisé par le conseil de fa« mille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par « le procureur impérial près le tribunal de première « instance.

« La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle « aura été homologuée par le tribunal de première in« stance, après avoir entendu le procureur impérial. » (Ajout. art. 2045.)

Quatre conditions sont donc requises :

1° et 2° L'autorisation du conseil de famille et l'avis de trois jurisconsultes, qui doivent être désignés par le ministère public;

3° et 4° L'homologation du tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur impérial.

744. — L'article 467 se sert du mot *jurisconsultes;* et ce mot ne représentant pas une situation, une profession légale, il s'ensuit que rigoureusement peut-être, le procureur impérial pourrait désigner des personnes

qui auraient étudié le droit, sans avoir pris aucun grade.

Mais pourtant il est très-vraisemblable, ou plutôt même il est certain que les rédacteurs du Code Napoléon ont entendu désigner, par cette expression, des *avocats*, et que s'ils ne les ont pas appelés par leur nom, c'est qu'à cette époque, l'ordre des avocats, supprimé par l'article 10 de la loi du 2 septembre 1790, n'avait pas encore été rétabli (*voy.* la loi du 22 ventôse an XII, article 29, et le décret du 14 décembre 1810).

Aussi, dans la pratique, le procureur impérial désigne-t-il toujours d'anciens avocats, c'est-à-dire des avocats exerçant depuis dix ans au moins près un des tribunaux de la Cour impériale. (art. 495 procéd.)

745. — D'après l'article 467, le tuteur ne peut transiger que *de l'avis de trois jurisconsultes.*

Suffit-il qu'il ait en effet consulté trois avocats, lors même que la consultation aurait été contraire au projet de transaction ?

Ou faut-il que les jurisconsultes consultés approuvent le projet ?

M. de Fréminville paraît enseigner que si le conseil de famille autorisait le tuteur à transiger, cette autorisation pourrait être homologuée par le tribunal, *lors même que les avocats consultés auraient émis une opinion diamétralement opposée à la délibération* (t. II, n° 753).

Cette solution est-elle bien exacte ?

Est-ce que le texte, est-ce que la formule textuelle de l'article n'exige pas, au contraire, que l'avis des jurisconsultes approuve le projet de transaction ?

De l'avis.... Ce n'est pas dire seulement après avoir pris l'avis ; c'est exiger l'assentiment et l'adhésion (*supra*, n°s 92-94).

C'est ainsi que l'Assemblée législative, dans sa séance du 2 mai 1849, interpréta les articles 65 et 80 de la Constitution d'alors :

« L'Assemblée nationale,

« Attendu que dans les articles 65 et 80 de la Constitution, les mots : *de l'avis du Conseil d'État*, sont équivalents à ceux-ci : *conformément à l'avis du Conseil d'État*,

« Passe à l'ordre du jour. » (Séance du 2 mai 1849, *Moniteur* du 3; *voy.* aussi D., 1849, IV, 47.)

Et même il semble bien résulter de cette formule que l'avis des trois jurisconsultes devrait être unanime; car il ne s'agit pas d'un jugement ni d'une délibération, dans lesquels la majorité devrait l'emporter sur la minorité ; il s'agit de trois opinions individuelles, dont la loi exige la garantie dans l'intérêt du mineur (comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 440; Aubry et Rau, t. I, p. 406).

746. — On a demandé dans quel ordre ces conditions doivent être remplies; en d'autres termes, s'il faut que l'avis des trois jurisconsultes précède l'autorisation du conseil de famille, ou s'il suffit qu'il soit donné après cette autorisation ?

Régulièrement, la consultation des trois jurisconsultes doit être soumise au conseil de famille, en même temps que le projet de transaction, dont le tuteur, le plus souvent, n'arrête les bases que d'après l'avis même des avocats consultés.

Ce mode de procéder est certainement celui que la loi a voulu établir; car son but est que l'avis des jurisconsultes puisse éclairer les membres du conseil de famille, qui pourraient manquer personnellement des connaissances spéciales nécessaires pour se prononcer sur le point de savoir s'il y a lieu ou s'il n'y a pas lieu de transiger.

Toutefois, il nous paraîtrait difficile de soutenir que la transaction serait nulle par cela seul que l'autorisation du conseil de famille aurait précédé l'avis des jurisconsultes, surtout si cet avis était conforme à la délibération antérieure du conseil.

Le texte de l'article 467, en effet, n'établit pas, sous peine de nullité, un ordre rigoureux dans l'accomplissement de ces conditions; l'homologation judiciaire corrigerait ensuite ce qu'il pourrait y avoir eu d'irrégulier dans la manière dont elles auraient été remplies (comp. de Fréminville, t. II, n° 753; Chardon, t. III, *Puiss. tutél.*, n° 428).

747. — On pensait assez généralement autrefois que le tuteur pouvait transiger seul, relativement aux droits mobiliers du mineur (Merlin, *Rép.*, t. XIV, v° *Transaction*, § 1, n° 3).

Cette doctrine ne nous paraît plus admissible aujourd'hui : les termes de l'article 467 sont absolus, ils déclarent que *le tuteur ne pourra transiger* au nom du mineur, sans l'accomplissement des conditions qu'ils exigent.

Transiger en aucun cas, quel que soit l'objet de la contestation, meuble ou immeuble (*voy.* aussi *supra*, n° 720).

Ajoutons que l'aliénation qui résulte de la transaction, a un caractère particulier, que la cause en est douteuse, et qu'il était prudent, dès lors, de ne laisser en aucun cas au tuteur seul le pouvoir de la consentir (Delvincourt, t. I, p. 120, note 8; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 406; Massé et Vergé, t. I, p. 440; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 669; Demante, t. II, n° 227 *bis*).

748. — Nous avons vu qu'aux termes de l'article 464, le tuteur peut acquiescer à une demande relative aux droits immobiliers du mineur, avec la seule

autorisation du conseil de famille et sans aucune autre condition (*supra*, n° 717).

Au contraire, d'après l'article 467, le tuteur ne peut transiger au nom du mineur qu'avec l'autorisation du conseil de famille, de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur impérial; et la transaction n'est valable qu'autant qu'elle a été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le ministère public.

On exige donc plus de formalités pour la transaction que pour l'acquiescement; et pourtant il semble que l'acquiescement soit un acte beaucoup plus grave, puisqu'il consiste dans l'entier abandon de la défense et des prétentions du mineur, tandis que la transaction est un échange de sacrifices réciproques.

Nous avons déjà répondu à cette objection.

L'acquiescement n'est pas *plus* que la transaction; il est *autre chose*; il est une autre opération juridique.

L'acquiescement suppose, à la différence de la transaction, qu'il n'y a pas même *res dubia*, et que le procès n'est pas soutenable au nom du mineur.

Eh bien! le législateur a cru que, dans une telle occasion, il ne fallait pas forcer le tuteur à plaider contre l'évidence et quand même! Il a cru que l'autorisation du conseil de famille suffirait pour reconnaître cette évidence; d'autant plus qu'il eût été quelquefois difficile de demander alors une homologation au tribunal, saisi peut-être lui-même de la contestation.

Seulement il ne faut pas, bien entendu, que, sous l'apparence et le nom d'un simple acquiescement, le tuteur consente, au fond, une véritable transaction; car le mineur aurait, dans ce cas, une action en nullité, fondée sur l'inobservation des formes prescrites par l'article 467.

Des réserves mises par le tuteur à son acquiescement, des concessions, des reconnaissances consenties par l'adversaire du mineur, pourraient, suivant les cas, imprimer à l'acte qui aurait eu lieu, le caractère d'un arrangement et d'une sorte de transaction plutôt que d'un acquiescement.

Si une telle difficulté s'élevait sur le véritable caractère de l'acte, les tribunaux auraient à examiner toutes les circonstances pour le reconnaître et le constater (Caen, 1re chambre, 12 juin 1832, Auvray).

749. — Régulièrement, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, dans les cas où elles sont exigées, doivent être obtenues par le tuteur avant la réalisation de l'acte ou de l'opération quelconque dont il s'agit; car elles ont précisément pour but d'habiliter le tuteur à le consentir, à le réaliser.

C'est ainsi que l'article 461 déclare que le tuteur ne pourra accepter ou répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation *préalable* du conseil de famille (comp. aussi art. 457; Grenoble, 4 juin 1836, Brachet, Dev., 1837, II, 109; Cass., 12 mars 1839, mêmes parties, Dev., 1839, I, 274).

Toutefois, il nous paraîtrait difficile de poser, comme une règle absolue, que le conseil de famille ni le tribunal ne pourraient pas approuver, par une autorisation et une homologation postérieures, un acte déjà passé par le tuteur.

Déjà nous avons remarqué que la demande en justice introduite par le tuteur seul, et sans autorisation, même relativement aux droits immobiliers du mineur, peut être régularisée par une autorisation postérieure (*supra*, n° 715).

Et même, dans les autres affaires de la gestion tutélaire, nous ne voudrions pas décider que l'autorisation et l'homologation ne pourraient pas valider, soit *in*

futurum, soit même *in præteritum*, l'acte déjà consenti par le tuteur seul.

Il n'y a pas en effet ici, comme dans le cas du mariage et de l'autorisation maritale, deux intérêts ni deux actions, à certains égards, distincts : l'intérêt et l'action de la femme, l'intérêt et l'action du mari (*voy.* notre t. IV, nos 211 et 272).

Il n'y a qu'un seul intérêt : celui du mineur, qui fait l'objet unique de toutes les dispositions de la loi. Et si tous les représentants de la tutelle, si le tuteur, et le conseil de famille, et le tribunal lui-même estiment qu'il est de l'intérêt du mineur que l'acte consenti par le tuteur soit approuvé, serait-il logique et sage qu'ils n'eussent pas, en effet, le pouvoir de l'approuver ?

4° *Des actes interdits au tuteur.*

SOMMAIRE.

750. — Énumération des actes qui sont interdits au tuteur. — Motifs de cette interdiction.

751. — 1° Le tuteur ne peut point acheter les biens du mineur. — Cette prohibition est absolue.

752. — Suite.

753. — *Quid*, si le tuteur est créancier hypothécaire sur l'immeuble du mineur ?

754. — *Quid*, s'il était copropriétaire par indivis avec le mineur?

755. — Quel serait l'effet de l'achat fait par le tuteur d'un bien du mineur malgré la prohibition de la loi. — *Quid*, si le tuteur avait fait l'achat par une personne interposée?

756. — 2° Le tuteur ne peut accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille. — Motifs.

757. — Suite.

758. — Origine de cette disposition. — Son étendue en droit romain et dans notre ancien droit français.

759. — *Quid*, si le tuteur trouvait dans une succession *ab intestat*, qui lui serait dévolue, un droit ou une créance contre le mineur ?

760. — *Quid*, si un droit ou une créance contre le mineur étaient légués au tuteur par testament?

761. — *Quid*, dans le cas de donation entre-vifs faite au tuteur d'un droit contre le mineur ?

750. — Les actes interdits au tuteur, sont :

1° L'achat des biens du mineur;

2° L'acceptation de la cession d'une créance ou d'un droit quelconque contre le mineur;

3° La donation ;

4° Le compromis ;

5° Le tuteur ne peut pas non plus prendre à ferme les biens du mineur; mais nous allons voir toutefois que cette dernière défense n'est pas absolue.

Ces différentes prohibitions sont fondées :

Soit sur le caractère même de la tutelle, qui n'est qu'un mandat, qu'un pouvoir d'administration, et qui dès lors ne saurait comprendre certains actes qui dépassent les limites du mandat le plus étendu et de l'administration la plus libre;

Soit sur la nécessité de prévenir les dangers d'une situation, qui placerait le tuteur entre son devoir et son intérêt personnel, et qui lui permettrait d'abuser, au détriment du mineur, du pouvoir même qu'il a reçu pour le protéger.

Et voilà pourquoi, en règle générale, il ne peut valablement faire aucun acte, dans lequel il a lui-même un intérêt contraire à celui du mineur; nous savons que dans ce cas, c'est le subrogé tuteur qui doit représenter le mineur (Montpellier, 17 mai 1831, Lambry,

Dev., 1832, II, 290; Amiens, 25 fév. 1837, Esnault, Dev., 1837, II, 478).

Reprenons maintenant chacun des actes que la loi interdit spécialement au tuteur.

751. — 1° Le tuteur ne peut point acheter les biens du mineur (art. 450, 1596).

Ses biens, meubles ou immeubles; le texte ne distingue pas.

Les acheter :

Soit de gré à gré, et à l'amiable; le conseil de famille ne pourrait pas autoriser le subrogé tuteur à les lui vendre ainsi;

Soit aux enchères en aucune adjudication publique (art. 1596).

Il est vrai qu'en droit romain, le tuteur pouvait devenir acquéreur des biens du pupille, lorsqu'il le faisait *palam et bona fide* (L. 5, § 4 et 5, ff., *de Auct. tut.*); et même aussi dans notre ancienne jurisprudence, on avait pensé qu'il y avait lieu de maintenir l'acquisition faite par le tuteur des biens du mineur *dans une vente publique*, *bonnement et sans mauvaise foi* (Meslé, part. I, chap. IX, n° 3).

Et on pourrait dire en ce sens, que lorsque la vente se fait publiquement et aux enchères, il importe, dans l'intérêt même du mineur, d'augmenter le plus possible la concurrence, et que le tuteur lui-même, après tout, s'il a le désir d'acheter, sera un compétiteur de plus.

Oui! mais un compétiteur dangereux, qui loin de chercher à attirer les autres, comme son devoir de tuteur le lui commande, en les éclairant sur l'état des biens, sur leurs produits, sur leur valeur, pourrait chercher au contraire à les éloigner par de faux renseignements. Et voilà pourquoi la loi ne lui permet pas même de devenir adjudicataire dans une vente publique (*supra*, n° 375).

752. — Nous ne croirions pas même qu'il y eût lieu de distinguer, comme on l'a fait, entre l'adjudication sur vente volontaire faite au nom du mineur à la requête du tuteur (art. 452, 457, 458, 1596), et l'adjudication sur expropriation forcée poursuivie à la requête des créanciers (comp. Colmar, 16 février 1808, Corty, D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 749, n° 75; Paris, 28 janv. 1826, Julien, D., 1826, II, 205; L. 5, Cod. *de Contrah. emptione*).

L'article 450 défend, d'une manière absolue, au tuteur *d'acheter les biens du mineur;* et les dangers que l'on redoute existent dans tous les cas, à peu près au même degré.

753. — Tout au plus, pourrait-on admettre que le tuteur peut se rendre adjudicataire des biens du mineur, dans le cas où il est lui-même créancier hypothécaire, et où la vente est poursuivie contre le subrogé tuteur, parce qu'il paraîtrait juste que son titre de tuteur ne paralysât point l'exercice légitime de son droit de créancier (Toulouse, 4 février 1825, Laforgue, D., 1825, II, 134; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 1231, note 6).

754. — Une exception nous paraît aussi devoir être faite à l'égard du tuteur, qui serait copropriétaire par indivis avec le mineur.

Si général que soit le texte de l'article 450, nous ne pensons pas qu'il s'applique à cette hypothèse, dans laquelle, en effet, ce n'est pas le tuteur qui achète le bien du mineur, mais plutôt le copropriétaire qui exerce le droit qui lui appartient de sortir de l'indivision et d'obtenir pour son lot, à titre de partage, la totalité du bien licité (art. 815, 883, 1408).

Il importerait peu que la licitation eût été provoquée par le tuteur lui-même ou par tout autre.

Cette circonstance est indifférente; elle ne change

rien à la situation ni au droit que le copropriétaire ne saurait perdre, parce qu'il est tuteur de son copropriétaire, d'exercer les droits résultant de sa copropriété.

C'est ainsi que l'on voit très-souvent l'époux survivant devenir adjudicataire des biens indivis entre lui et ses enfants mineurs, copropriétaires du chef de leur auteur prédécédé (comp. Duranton, t. III, n° 599; Valette sur Proudhon, t. II, p. 397, note *a;* Duvergier sur Toullier, t. I, n° 1231, note *c*).

Et je crois aussi, comme M. Valette (*loc. supra cit.*), qu'il y aurait lieu, dans ce cas, de nommer au mineur un tuteur *ad hoc*, afin de remplacer le tuteur (comp. art. 459 et 838 C. Nap.).

755. — L'achat, que le tuteur aurait fait des biens du mineur, serait entaché de nullité, lors même qu'il l'aurait fait par personnes interposées (art. 1596) ; car une telle simulation ne fait qu'aggraver de plus en plus son infraction à la loi.

Cette nullité toutefois, introduite seulement dans l'intérêt du mineur, ne serait proposable en effet que par lui (Duranton, t. XVI, n° 139; Troplong, *de la Vente*, t. I, art. 1596, n° 194).

756. — 2° Le tuteur ne peut accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille (art. 450)[1].

Cette prohibition est fondée sur le même principe que celle qui précède.

Si le tuteur veut faire des acquisitions, s'il veut spéculer, trafiquer, qu'il aille chercher d'autres sujets! et qu'il n'exerce pas ses capitaux et son habileté sur le patrimoine du mineur lui-même, dont les intérêts sont

1. Nous avons dit plus haut (n° 31) que le mot *pupille* ne se trouvait pas dans notre titre. — Le voici pourtant ; et il est à remarquer que le Code Napoléon ne l'emploie que lorsqu'il règle les rapports et les devoirs personnels du tuteur envers le mineur lui-même.

confiés à sa garde, dont il possède tous les titres et tous les papiers, dont il connaît tous les secrets !

Cette interdiction est d'autant plus sage :

1° Que ces sortes de cessions ne se font d'ordinaire qu'à un prix plus ou moins inférieur à la valeur nominale ou présumée du droit cédé, et que s'il y a là une bonne affaire, le tuteur doit la conclure pour le mineur lui-même et non pas pour lui ;

2° Qu'il serait à craindre que le tuteur ne supprimât les titres, quittances, remises, reconnaissances, etc., par lesquels le mineur aurait pu repousser en tout ou en partie, le droit ou la prétention cédé contre lui. On objecterait en vain que ces titres ont dû être compris dans l'inventaire ; car il serait possible qu'ils n'eussent pas été inventoriés ; c'est même par ce motif que le tuteur est obligé de déclarer dans l'inventaire s'il lui est dû quelque chose par le mineur (art. 451).

757. — Aussi l'interdiction s'applique-t-elle à toute cession, soit de créance, soit d'un droit quelconque, comme par exemple d'une revendication prétendue d'un bien du mineur.

Pourvu, toutefois, bien entendu, que la créance appartînt, en effet, au mineur, lorsque le tuteur s'en est rendu cessionnaire.

C'est ainsi que la Cour de Nîmes a jugé, fort justement, suivant nous, que la défense faite au tuteur de se rendre cessionnaire de créances contre son pupille, ne s'applique pas à des créances sur une succession ouverte au profit du pupille, mais à laquelle celui-ci a régulièrement renoncé, et que l'achat de telles créances par le tuteur ne pourrait être annulé, quand même le mineur serait ensuite revenu sur sa renonciation et aurait accepté la succession depuis sa majorité (20 nov. 1850, Quintin, Dev., 1850, II, 32 ; arg. des articles 450, 462, 790 ; et *supra*, n° 701).

758. — L'origine de cette disposition remonte à une novelle de Justinien (72, chap. v).

Cette novelle était développée et très-sévère :

1° Elle prohibait toutes les cessions qui seraient faites au curateur, à titre de vente, de donation, *aut alio quolibet modo;*

2° Elle les prohibait, non-seulement pendant la durée de la curatelle, mais même encore après son expiration, *ne curator abscondat rem, et præordinans illud male..., rem maligne disponat;*

3° Elle déclarait la cession nulle, en ce sens que le mineur n'était désormais débiteur ni envers le cédant, qui avait cessé d'être créancier, ni envers le curateur qui ne l'était pas devenu.... *lucrum fieri adolescentis, et hæc minorem lucrari....*

Notre ancien droit avait aussi adopté le principe de cette prohibition; mais il s'était presque partout, et particulièrement dans les pays de coutume, departi de la sanction rigoureuse, que la novelle 72 y avait ajoutée (Meslé, part. I, chap. xi, n° 19).

Nous allons voir comment ce principe doit être aujourd'hui appliqué sous l'empire de notre article 450.

759. — Et d'abord, cet article, en défendant au tuteur d'*accepter* la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille, ne comprend certainement pas le cas, où le tuteur trouverait dans une succession *ab intestat*, qui lui serait dévolue, un droit ou une créance contre le mineur; car il ne serait pas cessionnaire; il serait héritier, propriétaire, indépendamment de toute acceptation, des divers éléments de la succession (articles 711, 724); il n'aurait donc pas accepté une cession ; il n'aurait pas enfin, lui-même et volontairement, fait naître la situation que la loi veut empêcher.

Toutefois le tuteur ferait sagement, en pareil cas, d'en donner avis au subrogé tuteur, afin d'écarter de

lui tout soupçon, en mettant ainsi le subrogé tuteur à même d'exercer sa surveillance sur cette situation (art. 20).

760. — Nous croyons encore qu'il en serait ainsi dans le cas où le droit ou la créance contre le mineur serait légué au tuteur par testament.

Le droit à l'objet légué lui étant alors acquis, comme la succession à l'héritier, indépendamment de toute acceptation (art. 1014), il serait encore vrai de dire que ce ne serait point par son propre fait, ni par le concours direct de sa volonté personnelle, que le droit ou la créance se trouverait dans ses mains.

Remarquons surtout que ces deux hypothèses, de succession *ab intestat* et de testament, excluent également, de la part du tuteur, toute pensée de spéculation et de trafic.

761. — Ce dernier motif s'appliquant aussi à la donation entre-vifs, je serais porté à penser que le législateur n'a pas entendu non plus la comprendre dans la prohibition qui nous occupe.

Il est vrai que la novelle 72, chap. v, l'y comprenait positivement : *aut per donationem*, *aut per venditionem.*

Il est vrai encore que la donation entre-vifs exige l'acceptation, c'est-à-dire le concours personnel du tuteur, à l'effet d'acquérir le droit dont la loi lui défend d'*accepter* la cession (art. 932 ; comp. Demante, t. II, n° 206 *bis*, V).

Mais pourtant le mot *cession*, employé seul, s'entend en général, uniquement d'une cession à titre onéreux, d'un transport, d'une vente; et c'est en effet au titre *de la Vente* que le Code Napoléon traite de la *vente ou cession* des créances ou autres droits (comp. art. 1689 et suiv.; et notre *Traité des Successions,* t. IV, n° 93).

C'est en ce sens que le même mot est employé par les articles 841, 1597 et 1699, qui prononcent des

prohibitions ou des incapacités, plus ou moins semblables à celle par laquelle l'article 450 défend au tuteur d'accepter la cession d'aucun droit contre son pupille ;

Or, il est constant que ces sortes de prohibitions ne s'appliquent pas à la donation, mais seulement à la cession à titre onéreux (comp. L. 22 et 23, Cod. *Mandati;* Pothier, *de la Vente*, n° 592; Duvergier, t. II, n° 388; Cass., 15 mars 1826, Halluin, Sirey, 1826, I, 397; Toulouse, 13 déc. 1830, Labau, Dev., 1831, II, 294);

Donc, la même décision doit être aussi adoptée dans notre hypothèse.

Objectera-t-on que l'on doit craindre de la part du tuteur, devenu donataire d'un droit contre son pupille, la suppression des titres qui établiraient la libération totale ou partielle de celui-ci?

Je répondrais qu'il ne faut pas non plus se préoccuper, outre mesure, de ce danger.

La loi y a veillé, et certainement elle a bien fait; elle a défendu au tuteur de se rendre cessionnaire d'aucun droit contre son pupille, c'est-à-dire de négocier et de trafiquer à ses dépens.

Mais, après tout, la loi admet qu'un tuteur peut avoir un droit ou une créance contre son pupille; la qualité de créancier du mineur n'est plus aujourd'hui une cause d'incapacité de la tutelle (comp. art. 451 et 452; *supra*, n° 478); et dès que l'on admet que le tuteur peut acquérir un droit contre le mineur par succession et par legs, n'est-il pas logique de lui permettre de l'acquérir également par donation entre-vifs?

Je n'ai pas besoin d'ajouter que je suppose que la donation est sincère et loyale (Mourlon, *Traité des Subrogations*, p. 32; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 446;

Aubry et Rau, t. I, p. 424; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 242).

762. — Mais aussi la prohibition nous paraît générale et absolue, toutes les fois qu'il s'agit d'une véritable cession, d'une cession à titre onéreux ; et nous ne croyons pas qu'il y ait lieu d'admettre ici les exceptions par lesquelles l'article 1701 modifie la prohibition décrétée dans l'article 1699.

La novelle 72 ne les admettait pas; elle prohibait la cession, *licet hæc cessio pro veris causis facta sit.*

Notre article 450 ne les admet pas davantage ; et l'on peut dire, en effet, que malgré les motifs plus ou moins légitimes, qui porteraient le tuteur à acheter un droit contre son pupille, cette opération intéressée n'est pas compatible avec son devoir de protection envers le mineur.

Tout au plus, pourrait-on admettre la validité de la cession, dans le cas où le tuteur déjà copropriétaire d'une partie du droit, serait devenu propriétaire du droit tout entier, à titre de partage (Caen, 1re chambre, 8 avril 1840, Prudhomme; *voy.* aussi *supra*, n° 754; Duranton, t. III, n° 600; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 424, 425; *voy.* toutefois Demante, t. II, n° 206 *bis*, V).

763. — Il n'est pas besoin de remarquer que le tuteur ne pourrait employer ni l'interposition de personnes, ni aucun autre moyen de simulation pour échapper à la prohibition de la loi.

Neque per se, neque per interpositam personam, disait la novelle 72 (*supra*, n° 755, et art. 1596).

764. — L'article 450 défend seulement *au tuteur* d'accepter la cession d'aucun droit ou créance contre *son pupille*.

D'où il suit que la prohibition n'existe que pendant la durée de la tutelle, et que le Code Napoléon n'a pas

conservé la disposition de la novelle 72, qui la perpétuait même après la fin de la tutelle (*supra*, n° 758).

Seulement, à quelle époque, à quel moment pourra-t-on dire que la tutelle est finie sous ce rapport, et que le tuteur est relevé des incapacités ou des prohibitions, qui le frappent en cette qualité?

C'est là une autre question que nous examinerons bientôt (comp. art. 472, 907, 2045; Cass., 28 nov. 1842, Barois, Dev., 1843, I, 323).

765. — L'article 450 déclare que le tuteur *ne peut accepter* la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.

Mais il ne dit pas quelle sera la conséquence de l'infraction que le tuteur pourrait avoir commise à cette défense.

Et de là des incertitudes et des dissidences:

Une première opinion enseigne que *tout est anéanti*, c'est-à-dire que le pupille ne peut plus être poursuivi ni par le cédant, qui n'est plus son créancier, ni par le tuteur cessionnaire, qui n'a pas pu le devenir:

1° Telle était la disposition positive de la novelle 72, chap. v (*supra*, n° 758; ajoutez aussi L. 2, Cod. *Ne liceat potentioribus*, etc.); et il est vraisemblable que le Code Napoléon a entendu s'y référer, puisqu'il n'a formulé aucune autre sanction;

2° Cette sanction, en effet, est la seule qui puisse efficacement garantir le pupille contre le danger, qui fait ici l'objet de la préoccupation de la loi.

La loi craint que le tuteur ne fasse disparaître les titres qui établiraient la libération du mineur, ou qui, plus généralement, pourraient servir à sa défense;

Or, si vous vous bornez à considérer la cession comme non avenue, il pourrait arriver que le tuteur, ignorant la loi, et croyant, en conséquence, que la cession par lui acceptée est valable, ne supprimât les titres.

Tout ce qui en résulterait alors, dans la doctrine contraire, c'est que la suppression profiterait au cédant et non pas au tuteur; mais elle n'en nuirait pas moins au pupille; et ce n'est pas seulement, bien entendu, pour punir le tuteur, c'est avant tout pour préserver les intérêts du pupille, que la défense a été portée;

Donc, il importe à l'efficacité de cette défense que le pupille soit libéré envers le cédant et envers le cessionnaire.

3° Le tuteur y perdra sans doute, puisque la cession est maintenue entre lui et le cédant; mais c'est sa faute d'avoir fait une opération de ce genre, une opération dont les seuls instincts de la délicatesse et du devoir auraient dû le préserver, dans le cas même où il n'aurait pas connu la loi (comp. Caen, 1re chambre, 17 mars 1813; Delvincourt, t. I, p. 119, note 2; Duranton, t. III, n° 600; Marcadé, t. II, art. 450, n° 3).

766. — D'après une seconde opinion, au contraire, la cession est frappée d'une nullité absolue; et le cédant conserve purement et simplement les droits qu'il pouvait avoir contre le pupille:

1° Il est vrai que la novelle 72, chap. v, déclarait le pupille libéré envers le cédant et envers le cessionnaire; mais cette déchéance rigoureuse, dont elle frappait le tuteur, avait besoin d'être prononcée par un texte formel; et la novelle, en effet, la prononçait très-formellement (*supra*, n° 758);

Or, notre article 450 ne renferme aucune disposition semblable;

Donc, il est impossible de créer une telle peine par voie de simple interprétation.

Cela se peut d'autant moins, que les pays coutumiers n'avaient pas maintenu cette sanction exorbitante (Meslé, part. I, chap. xi, n° 19), et que dès lors, d'après l'argument même de l'opinion qui précède, en in-

terprétant le silence du Code Napoléon à cet égard par le droit antérieur, c'est-à-dire par le droit coutumier auquel le Code Napoléon a presque partout fait de si nombreux emprunts, on arrive à une conclusion toute contraire à celle que cette opinion en veut déduire.

L'article 451 prouve encore de plus en plus que lorsque les rédacteurs de notre Code ont voulu prononcer une déchéance contre le tuteur, ils s'en sont textuellement expliqués. C'est textuellement, *à peine de déchéance*, que l'article 451 oblige le tuteur à déclarer, dans l'inventaire, s'il lui est dû quelque chose par le mineur.

2° Maintenant cette déchéance, qui n'est pas prononcée par le texte de la loi, résulte-t-elle du moins, virtuellement, nécessairement, de ses motifs et du but qu'elle se propose?

Pas davantage.

La loi a voulu prévenir le plus possible l'opposition des intérets entre le tuteur et le mineur; et la prohibition préventive, en effet, qu'elle prononce à cet égard, suffira généralement pour que son but soit atteint; car la nullité d'avance prononcée d'une telle cession, empêchera presque toujours que cette cession ait lieu.

Mais ce serait dépasser le but que de prononcer une déchéance aussi rigoureuse contre le tuteur, qui, presque toujours dans son ignorance de la loi, serait devenu cessionnaire.

Ce serait aussi dénaturer, d'une manière très-fâcheuse, le véritable caractère de cette prohibition. Il résulterait, en effet, de l'opinion contraire que la loi traiterait le tuteur comme s'il était prouvé qu'il a effectivement supprimé les titres qui pouvaient établir la libération du pupille; et cette prohibition ainsi en-

tendue deviendrait en quelque sorte infamante dans ses résultats. Il est vrai que l'article 451 prononce une déchéance semblable contre le tuteur; mais il faut bien reconnaître que lorsque le tuteur interpellé par l'officier public de déclarer s'il lui est dû quelque chose par le mineur, a répondu négativement, la prétention qu'il élève ensuite, a dû paraître infiniment suspecte et susciter des soupçons de fraude, que notre hypothèse, au contraire, ne fait pas naître.

3° En conséquence, il a suffi, dans notre hypothèse, de déclarer que la cession ne pourrait pas avoir lieu, c'est-à-dire de la déclarer absolument nulle, comme le sont en général les conventions illicites, aux termes des articles 1131 et 1133 (comp. Zachariæ, t. I, p. 235; Taulier, t. II, p. 69; de Fréminville, t. II, n° 794).

767. — S'il me fallait choisir entre les deux opinions qui précèdent, je n'hésiterais pas à me ranger du parti de la seconde.

Mais je ne puis, en ce qui me concerne, accepter ni l'une ni l'autre; et quoique j'adopte plusieurs des arguments de la seconde opinion, sa conclusion pourtant ne sera pas la mienne.

Je crois donc que le mineur lui-même, et lui seul, a qualité pour se prévaloir de la prohibition prononcée par l'article 450, et qu'en conséquence il peut, à son choix, et suivant son intérêt personnel :

Soit demander la nullité de la cession, afin de continuer à n'avoir pour créancier, ou plus généralement pour adversaire, que le cédant;

Soit ne point attaquer la cession, et accepter dès lors son tuteur pour créancier ou pour adversaire.

Choix qui, pendant la minorité, serait fait, au nom du pupille, par le subrogé tuteur (art. 420).

A défaut de sanction spéciale décrétée par l'article 450, c'est d'après les principes généraux que

nous devons déterminer les conséquences de l'infraction qui aurait été commise à sa prohibition ;

Or, d'une part, en principe, c'est à celui-là seul, dans l'intérêt privé duquel une prohibition a été introduite, qu'il appartient de s'en prévaloir ;

D'autre part, c'est uniquement dans l'intérêt personnel du mineur que cette prohibition est prononcée par l'article 450 ;

Donc, c'est le mineur seul qui a qualité pour s'en prévaloir ; et cette conclusion est, en outre, très-conforme à toute la théorie de la tutelle (comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 649; Duvergier, sur Toullier, t. I, n° 1232, note *a;* Demante, t. II, n° 206 *bis*, IV ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 425 ; Massé et Vergé, t. I, p. 444).

Telle est aussi la doctrine que M. Valette enseigne dans son *Explication sommaire du livre I du Code Napoléon* (p. 239), en rectifiant, sur ce point, celle qu'il avait enseignée dans ses *Annotations sur Proudhon* (t. II, p. 399 et suiv.).

768. — Si le mineur ne demande pas la nullité de la cession, nous croyons qu'il lui suffira, pour se faire tenir quitte par le tuteur, de lui en rembourser le prix.

Le tuteur a, par exemple, acheté pour 45 000 francs une créance contre son pupille, d'une valeur nominale de 50 000 francs.

Le pupille ne sera tenu de payer au tuteur que 45 000 francs, c'est-à-dire, en réalité, qu'il pourra exercer le retrait du droit cédé contre lui.

M. de Fréminville a toutefois résolu cette hypothèse dans un sens contraire (t. II, n° 795). L'honorable magistrat se fonde sur ce que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas admis, au profit du pupille, cette faculté, que précisément le tribunal d'appel d'Orléans avait demandé qu'on lui accordât (Fenet, t. V, p. 49),

et sur ce qu'ils ont prononcé une nullité absolue et non pas seulement relative (ajout. aussi Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 446).

Je réponds qu'au contraire, les rédacteurs du Code Napoléon n'ont prononcé aucune nullité, et qu'ils ont, dès lors, laissé à la doctrine et à la jurisprudence le soin de déterminer, d'après la nature particulière de cette prohibition et les principes généraux du droit, les conséquences de l'infraction qui pourrait y être commise.

Or, nous avons déjà remarqué que ces deux éléments d'interprétation juridique exigeaient que la nullité fût ici, non pas absolue, mais seulement relative.

Et la faculté pour le mineur de ne rembourser au tuteur que le prix de la cession, nous paraît en dériver aussi logiquement et aussi équitablement.

Le tuteur aurait dû s'abstenir de cette acquisition, ou ne la faire, si elle était bonne, qu'au nom et dans l'intérêt de son pupille lui-même;

Or, le pupille, en prenant l'opération pour son compte, place le tuteur dans la position même que son devoir l'obligeait de prendre;

Donc, le tuteur n'est pas recevable à se prévaloir lui-même de sa faute, et à se faire contre le pupille un titre de son infraction à ses devoirs envers lui.

Aussi Meslé nous atteste que, dans notre ancien droit français, on accordait seulement *au tuteur ce qu'il lui en a coûté pour le prix du transport* (part. I, chap. XI, n° 19).

De ce que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas formulé en toutes lettres l'idée exprimée par le tribunal d'appel d'Orléans, il n'en faut donc pas conclure qu'ils ont voulu la rejeter (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 425; Demante, t. II, n° 206 *bis*, IV).

769. — Si le mineur demande la nullité de la ces-

sion, nous croyons que toutes les parties seront remises au même état que si, en effet, la cession n'avait pas eu lieu.

Le mineur n'aura donc pas cessé d'être débiteur envers le cédant.

Et, entre le cédant et le tuteur cessionnaire, il y aura lieu à la répétition de ce qui aurait été payé, ou à la décharge des obligations qui auraient été prises.

Dans ce cas, et lorsqu'en effet la nullité de la cession est prononcée sur la demande du mineur, nous adoptons, comme on le voit, la seconde opinion que nous avons exposée plus haut (n° 766).

On a objecté que le cédant n'était frappé, en droit, d'aucune incapacité; qu'en fait même, il avait pu ignorer que le cessionnaire avec lequel il traitait était le tuteur du cédé; que la cession, en ce qui le concernait, lui cédant, devait, en conséquence, être maintenue vis-à-vis du cessionnaire (Duranton, t. III, n° 603; Marcadé, t. II, art 450, n° 3).

Mais, pourtant, dès que la nullité de la cession a été prononcée sur la demande du mineur, il faut de deux choses l'une :

Ou qu'il soit libéré tout à fait, et envers le cédant et envers le cessionnaire;

Ou qu'il demeure débiteur du cédant.

Or, nous croyons avoir démontré que la première partie de cette alternative est inadmissible;

Donc, il faut s'arrêter à la seconde, et décider que le pupille demeure débiteur du cédant.

Mais s'il demeure débiteur du cédant, il est impossible que celui-ci, en conservant l'objet cédé, conserve encore le prix de la cession!

Aussi l'honorable M. Duranton nous paraît-il hésiter un peu sur ce point :

« Si le cédant, dit-il, *veut bien* consentir à l'annu-

lation de la cession, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas se faire payer de sa créance par le mineur.... — Et il en doit être de même du cas où, dans la prévoyance que le mineur opposerait la nullité de la cession, le cessionnaire et le cédant seraient convenus qu'il n'y aurait rien de fait entre eux.... » (*Loc. supra cit.*)

Il me semble qu'une clause spéciale n'est pas nécessaire, à cet effet, entre le cédant et le cessionnaire, et qu'on ne doit pas admettre surtout qu'une action en répétition fondée sur l'équité, puisque la nullité de la cession rend désormais sans cause le payement fait par le tuteur au cédant, que cette action, dis-je, soit subordonnée *au bon vouloir* du cédant !

Je crois donc qu'il est plus juridique et plus équitable de déclarer alors la cession entièrement nulle, sans distinguer si le cédant a su ou n'a pas su que le cessionnaire était le tuteur du cédé.

La nullité, dès qu'elle est proposée par le mineur, devient, en effet, absolue; car la convention, en soi, était illicite.

770. — L'article 450 défend seulement au tuteur *d'accepter la cession* d'aucun droit ou créance contre son pupille.

Et nous croyons qu'il faut en conclure que rien ne s'oppose à ce que le tuteur paye de ses deniers une dette personnelle du mineur, et à ce qu'il ait, en conséquence, contre lui une action en répétition de ses avances.

Cette proposition nous paraît exacte, dans tous les cas sans distinction, où le tuteur aurait payé de ses deniers une dette personnelle du mineur :

Soit qu'il l'eût payée comme caution ou codébiteur solidaire, ou dans toute autre circonstance où il aurait été obligé ou du moins intéressé à l'acquittement de la

dette; circonstances dans lesquelles il serait légalement subrogé aux droits du créancier (art. 1251);

Soit qu'il l'eût payée, sans être obligé ou intéressé personnellement à le faire, dans le seul but d'être utile au mineur qui n'avait pas alors de fonds disponibles; comme, par exemple, afin de le garantir des poursuites imminentes d'un créancier menaçant.

Et, dans cette dernière hypothèse, je ne ferai non plus aucune différence, aucune distinction entre le cas où le tuteur aurait payé, sans stipuler à son profit la subrogation conventionnelle (art. 1236) et le cas où il aurait stipulé cette subrogation (art. 1250).

771. — Je dois dire toutefois que ces distinctions, que je rejette, sont admises par certains auteurs.

Mais j'espère démontrer que le principe une fois admis, savoir : que le tuteur, qui a payé une dette en l'acquit de son pupille, a droit au remboursement de ses avances, que ce principe, dis-je, une fois admis, ne comporte ensuite, dans ses applications, aucune des distinctions que l'on a voulu faire.

Mais ce principe lui-même, comment le nier?

Cela est impossible; et nul, en effet, ne l'a entrepris.

Il est évident que le tuteur peut, tout comme un autre, et même beaucoup mieux et beaucoup plus convenablement qu'un autre, payer de ses deniers une dette de son pupille, c'est-à-dire lui rendre un véritable service; car voilà précisément la grande différence qui distingue l'achat de la créance d'avec le payement.

L'achat, c'est de la spéculation, c'est du trafic, je dirais presque que c'est de l'hostilité.

Le payement, au contraire, c'est un bon office, c'est du désintéressement, c'est presque de la bienfaisance!

Il est donc clair que l'article 450 qui défend l'un, n'a certes pas voulu défendre l'autre.

Objectera-t-on que le tuteur pourrait se concerter avec un tiers pour simuler le payement d'une fausse créance, qu'il ferait semblant de payer de ses deniers personnels, afin de partager ensuite le produit de cette simulation frauduleuse ?

Mais il est évident que cette simulation pourrait être pratiquée, lors même que le payement serait fait avec les deniers du pupille, et que ce danger-là n'est nullement spécial au cas où le tuteur ferait le payement avec ses deniers personnels.

Donc, cette objection ne prouve rien.

J'ajoute d'ailleurs que je suppose, bien entendu, un payement sincère et loyalement fait, et que je réserve au mineur tous ses moyens de preuve pour démasquer la fraude.

Mais si, en effet, il n'y a eu aucune fraude; si le payement a été loyal et de bonne foi, le tuteur a très-incontestablement droit au remboursement du montant des sommes par lui déboursées (art. 471-2°; 1236, 1375).

Cela posé, reprenons nos hypothèses.

772. — Si le tuteur a payé la dette, parce qu'il était lui-même personnellement obligé ou intéressé à la payer, il aura son recours contre le mineur; et en outre, tout le monde en convient, il sera subrogé, légalement et de plein droit, aux hypothèques et priviléges du créancier par lui payé (art. 1251).

773. — Si le tuteur a payé sans être obligé ou intéressé personnellement à le faire, je crois que tout le monde convient encore qu'il aura droit à la répétition de ses avances contre le pupille, dans le cas où il n'aurait pas stipulé à son profit la subrogation conventionnelle aux droits du créancier.

774. — Mais au contraire, dans le cas où le tuteur se serait fait subroger conventionnellement aux droits

du créancier qu'il remboursait, plusieurs jurisconsultes enseignent qu'il faudra lui appliquer alors la disposition de l'article 450, qui défend au tuteur d'acquérir aucun droit contre son pupille (comp. Delvincourt, t. I, p. 119, note 2; Toullier, t. I, nº 1234; Duranton, t. III, nº 602, et t. XII, nº 121; de Fréminville, t. I, nº 252).

Cette solution dérive d'une doctrine, que nous ne saurions admettre, sur le caractère et les effets généraux du payement avec subrogation.

Nous ne pouvons, bien entendu, que l'effleurer ici, nous réservant d'approfondir plus tard ce sujet dans le titre *des Obligations conventionnelles*.

Eh bien ! donc, d'après cette doctrine, la subrogation conventionnelle, celle-là surtout qui est consentie par le créancier dans les termes de l'article 1250-1°, cette subrogation ne serait en principe, que l'achat de la créance.

« Qu'importe, dit M. Duranton, le nom et quelques nuances? Qu'importe qu'au lieu d'acheter la créance, le tuteur se soit simplement fait subroger, en déclarant qu'il payait la dette ? »

Nous croyons qu'il importe beaucoup !

Autre chose est la cession ; autre chose le payement, même avec subrogation.

Le payement, même avec subrogation, n'en est pas moins un payement qui éteint la dette, et qui fait naître seulement au profit de celui qui paye, une nouvelle créance jusqu'à concurrence du montant de ses avances, contre le débiteur qu'il a libéré.

Ce recours, ce n'est pas la subrogation qui le crée; il existe sans elle, indépendamment d'elle ; il est l'effet même du payement ; la subrogation n'a pour but et pour résultat que d'en garantir l'efficacité ;

Or, le tuteur qui paye sans subrogation, a son re-

cours contre le pupille; c'est un point convenu et accordé par les partisans mêmes de l'opinion que je combats en ce moment;

Donc, le tuteur qui paye même avec subrogation, doit également avoir son recours contre le pupille; car, dans l'un et l'autre cas, il n'a fait que payer la dette de celui-ci.

Et maintenant, pourquoi donc refuseriez-vous au tuteur le bénéfice de la subrogation conventionnelle?

La subrogation, mais c'est l'équité même!

Elle profite au subrogé, sans jamais nuire à personne, ni aux autres créanciers, dont la position reste la même; ni au débiteur, dans l'intérêt duquel le payement a été fait.

Bien plus, les autres créanciers et le débiteur lui-même en profitent, s'il arrive, comme cela est très-ordinaire, que le subrogé a obtenu la libération entière du débiteur par le payement d'une somme inférieure au montant nominal de la dette; car le subrogé, lui, n'a de recours que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a avancée.

Aussi croyons-nous, malgré les doutes qu'on a élevés sur ce point (Renusson, *de la Subrogation*, chap. IX, n°s 20, 21), que le tuteur qui fait de ses deniers un payement pour le mineur, peut stipuler avec effet, à son profit, la subrogation conventionnelle.

M. Duranton lui-même reconnaît « qu'il peut arriver que le mineur qui n'a pas de fonds, ait un grand intérêt à solder au plus tôt un créancier qui ne veut pas attendre; le tuteur voudrait lui épargner des poursuites, mais il voudrait aussi avoir la subrogation, afin de jouir des priviléges et hypothèques du créancier sur les biens du mineur (art. 1252). Dans ce cas, continue le savant auteur, il peut se faire autoriser par le conseil de famille à payer la dette, avec faculté d'ac-

quérir la subrogation, que le créancier ne demandera probablement pas mieux que de lui consentir. » (T. III, nº 602.)

Mais M. Mourlon, dans son *Traité des Subrogations personnelles* (p. 29, 32), nous paraît avoir très à propos répliqué par ce dilemme :

Ou la subrogation conventionnelle est la même chose que la cession de la créance; et alors le conseil de famille lui-même ne peut pas autoriser le tuteur à la stipuler; car la prohibition de l'article 450 est absolue; l'acceptation de la cession d'un droit contre le mineur est un acte absolument interdit au tuteur;

Ou la subrogation conventionnelle n'est qu'une simple modalité de payement; et alors le tuteur peut la stipuler seul et sans aucune autorisation.

Toutefois, nous croyons nous-même que le tuteur fera bien, en pareil cas, de soumettre au conseil de famille le projet qu'il aurait de payer de ses deniers une dette du mineur, avec subrogation conventionnelle.

Comme c'est surtout par l'intention de celui qui avance les fonds, que le payement avec subrogation se différencie de la cession, il sera toujours prudent que le tuteur déclare son intention, à cet égard, devant le conseil de famille (comp. Valette sur Proudhon, t. II, p. 400, et *Explicat. sommaire du liv. I du Cod. Napol.*, p. 242 ; Marcadé, t. II, art. 450, nº 3 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 424 ; Massé et Vergé, t. I, p. 446; Demante, t. II, nº 206 *bis*, VII).

775. — 3º Le tuteur ne peut pas disposer à titre gratuit des biens du mineur; il ne le peut ni seul, ni avec l'autorisation du conseil de famille, fût-elle homologuée par la justice. La donation est au nombre des actes absolument interdits au tuteur.

Si notre Code ne prononce pas expressément cette

interdiction, il la suppose, en ne réglant que les conditions de la *vente*, de l'aliénation à titre onéreux (art. 452, 457); et il suffit d'ailleurs qu'aucun texte n'autorise le tuteur à faire des libéralités pour qu'il n'en ait pas le pouvoir (comp. L. 46, § 7, ff. *de Adm. et peric. tut.*; Pothier, *des Personnes*, part. I, tit. VI, sect. IV, art. 3, § 2; Cass., 22 juin 1818, Besson, Sirey, 1819, I, 111).

Ce principe, aussi ancien que la tutelle, n'a rien de *merveilleux*, pour nous servir du mot de Ferrières (*des Tutelles*, part. IV, sect. VII, n° 336).

Le procureur même *omnium bonorum* et *cum libera*, celui-là même dont le mandat est le plus étendu, ne peut, dit Pothier, disposer par donation d'aucune chose des biens dont on lui a donné la gestion (*Traité du Contrat de mandat*, n° 164).

Car, non-seulement la donation est un acte d'aliénation absolue, un acte d'*abusus* par excellence, qui dépasse les plus extrêmes limites de l'administration; mais c'est, en outre, une disposition qui a pour cause des sentiments tout à fait intimes et personnels, et qui ne peut émaner que de la volonté personnelle, en effet, de celui-là seul dont elle témoigne les intentions bienfaisantes.

Or, le tuteur, le conseil de famille, en un mot tous les pouvoirs de la tutelle ensemble n'exercent qu'une sorte de mandat qui, dès lors, si général et si étendu qu'on le suppose, ne saurait comprendre les libéralités.

Je dis les libéralités, et non pas seulement les donations en forme; car le tuteur ne peut ni directement, ni indirectement, disposer à titre gratuit des biens, quels qu'ils soient, meubles ou immeubles, du mineur.

Et, par exemple, il est certain qu'il ne pourrait pas faire la remise d'une dette (art. 1282; L. 46, § 7, ff. *de Adm. tut.*; *supra*, n°s 598 et 666).

776. — Le principe sur lequel nous venons d'établir notre règle, nous servira en même temps à en déterminer l'étendue.

De la même manière donc que le procureur *omnium bonorum* peut faire certaines remises, certaines petites libéralités, qui, dit encore Pothier, peuvent être considérées comme appartenant à l'administration (*du Mandat*, n° 164; et Troplong, *du Mandat*, art. 1987, 1989, n° 296); de même, le tuteur a le pouvoir d'accorder *en bon père de famille* (art. 450) au nom du mineur, ces petites rémunérations, ces cadeaux, ces présents qui, d'après nos mœurs et les usages universels de notre société, constituent moins des libéralités que des espèces de dettes de bienséance et d'équité, et qui ne s'acquittent qu'aux dépens des revenus : gratifications aux domestiques, aux ouvriers employés pour le pupille; cadeaux à ses précepteurs, à ses maîtres, à ses proches, etc., *solemnia munera parentibus cognatisque....* (L. 12, § 3, ff. *de Adm. et peric. tut.;* Pothier, *Introd. au t.* I *de la Cout. d'Orléans*, n° 225).

Le tuteur a d'autant plus le pouvoir de les faire qu'il est préposé, comme dit le jurisconsulte romain, *non solum rebus, sed etiam moribus pupilli*, et qu'il serait même répréhensible, s'il ne le représentait pas, sous ce rapport, convenablement et dignement : *si tale officium prætermiserit* (ff. *loc. supra cit.*, et L. 1, § 3, *de Tutel. et rationibus*).

Le tuteur n'a pas même besoin, pour cela, de l'autorisation du conseil de famille; et ces sortes de dépenses devront lui être allouées (art. 471), lorsque, bien entendu, il les aura faites dans une juste mesure : *pro facultate patrimonii, secundum dignitatem facultatesque pupilli* (ff. *loc. supra cit.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 408; Massé et Vergé, t. I, p. 441).

Que s'il s'agissait d'un abandon un peu considéra-

ble, s'il était question, par exemple, de fournir des aliments à un parent du pupille, le tuteur ferait sagement de consulter, avant tout, le conseil de famille (*supra*, n° 692).

777. — La Cour de Paris a jugé qu'un tuteur avait pu valablement, avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par la justice, renoncer à une donation qui avait été faite au mineur.

Il paraît qu'en fait, cette renonciation était regardée comme le seul moyen de mettre le donateur à même d'éviter le déshonneur; et la Cour a décidé que le tuteur, chargé par la loi de représenter le mineur dans tous les actes de la vie civile, chargé, par conséquent, de ses intérêts moraux aussi bien que de ses intérêts matériels, avait qualité pour consentir en son nom un sacrifice que les convenances naturelles et sociales imposaient au mineur, sous peine de se rendre coupable d'ingratitude (14 juillet 1826, Couchois, Sirey, 1827, II, 114).

Cette décision nous paraît très-grave; et nous n'oserions pas la proposer comme un exemple à suivre.

Il ne paraît pas, en effet, que la renonciation à la donation ait été consentie, à titre d'acquiescement en quelque sorte, et afin de prévenir une demande en révocation pour cause d'ingratitude. Les causes d'ingratitude qui peuvent entraîner la révocation de la donation entre-vifs, ont été déterminées par notre Code (art. 955); et dans l'espèce, le refus, de la part du tuteur, de renoncer à la donation, n'eût point placé le mineur dans l'un de ces cas. L'obligation de fournir des aliments n'entraîne pas d'ailleurs celle de payer les dettes de celui à qui les aliments sont dus (*voy.* notre t. IV, n°s 53, 54).

Il est vrai que le donataire, même en dehors des causes légales d'ingratitude, pourrait encourir les blâ-

mes sévères de l'opinion, s'il ne remplissait pas envers le donateur, certains devoirs de reconnaissance.

Mais autre chose est de ne pas se montrer légalement ingrat;

Autre chose, de se montrer reconnaissant et généreux soi-même!

L'abandon de la donation entre-vifs par le mineur, constituait précisément de sa part, un acte de générosité, un acte sans doute de noble et reconnaissante générosité; mais enfin il y avait là un abandon à titre gratuit.

Or, nous avons vu que la loi n'autorise pas ses représentants à consentir cet abandon.

La loi, il est vrai, a autorisé les représentants de l'interdit à consentir, en son nom, une libéralité fondée en effet sur les convenances naturelles et sociales (art. 511).

Mais aucun texte semblable n'existe en ce qui concerne les représentants du mineur; et même le droit romain nous enseigne que ces sortes de libéralités, quoique le pupille lui-même, s'il était maître de ses droits, pût et dût les faire *honeste*, ne peuvent pas néanmoins être faites en son nom, par ses représentants, et qu'elles doivent être réservées à sa libre volonté... *servanda arbitrio pupilli est* (L. 12, § 3, ff. *de Adm. et peric. tut.*).

Le principe pourra paraître quelquefois rigoureux, dans ses applications; mais il n'en est pas moins le plus juridique et le plus sûr (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 408).

778. — 4° Le tuteur ne peut pas compromettre sur les affaires du mineur.

Cette défense est aussi très-ancienne; le droit romain la prononçait formellement (L. 34, § 1, ff. *de Minoribus*); et elle n'était pas moins certaine dans notre

ancienne jurisprudence française (Meslé, part. I, chapitre VIII, n° 22; Brillon, v° *Compromis*, n° 14).

Le Code Napoléon ne renferme aucune disposition sur ce point; mais le Code de procédure y a suppléé.

D'une part, aux termes de l'article 1003 de ce Code, on ne peut compromettre que sur les droits dont on a *la libre disposition;* d'autre part, aux termes de l'article 1004, on ne peut compromettre *sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public;*

Or, on ne peut certes pas dire que le tuteur, même avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation de la justice, ait *la libre disposition* des droits du mineur; et, aux termes de l'article 83-6° du Code de procédure, les causes des mineurs sont sujettes à communication au ministère public;

Donc, le compromis est, par ce double motif, absolument interdit au tuteur (ajout. aussi article 1013, procéd.).

C'est qu'en effet la différence est grande entre le compromis et la transaction.

Dans la transaction, du moins, ce sont les parties elles-mêmes qui défendent leurs prétentions, et qui consentent, en connaissance de cause, aux sacrifices qu'elles croient utiles et prudent de faire; tandis qu'elles s'en remettent absolument, par le compromis, à la décision future et tout à fait inconnue, et qui sera peut-être très-regrettable, à la décision, dis-je, de simples particuliers, sans caractère public et dont aucune condition spéciale ne garantit l'aptitude.

779. — Cette démonstration, fondée sur les articles 1003, 1004 et 1013 du Code de procédure, ne nous paraît comporter aucun amendement, aucune distinction.

On en a proposé pourtant; on a prétendu, pour le

tuteur, comme on l'a fait pour la femme mariée et séparée de biens (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, nº 160) qu'il pouvait du moins compromettre en matière purement mobilière, avec l'autorisation du conseil de famille et en remplissant les formalités prescrites par l'article 467 relativement aux transactions (Demiau, *Procéd. civ.*, p. 62; Boucher, *Manuel des arbitres*, nº 948 et suiv.).

On a même jugé (antérieurement, il est vrai, au Code de procédure), que la mère tutrice avait pu valablement compromettre sans autorisation de la famille, sur sa prétention à une indemnité pécuniaire, pour cause d'inexécution d'un bail à elle fait en sa qualité de tutrice (Turin, 19 ventôse an XI, Gay, Sirey, 1804, II, 620).

Mais nous avons déjà répondu.

Si l'argument, qui résulte des articles 1003 et 1004 du Code de procédure, défend le compromis au tuteur, il le lui défend de la manière la plus générale et la plus absolue ;

Or, cet argument certes n'est pas contestable !

Le tuteur ne peut donc pas compromettre, même en matière mobilière, même relativement à des contestations sur des fruits ou des denrées.

La défense, encore une fois, est absolue; et cette distinction entre les meubles et les immeubles, n'est pas ici plus admissible qu'en matière de partage (*supra*, nº 720) ou de transaction (*supra*, nº 747), où nous l'avons vue aussi se produire.

On peut le regretter; on peut regretter que le législateur n'ait pas donné au tuteur le moyen d'éviter, pour de petites contestations, les frais d'un procès, qui pourraient souvent dépasser la valeur même de l'objet litigieux.

Et encore même, à ce point de vue, y aurait-il beaucoup à dire; et peut-être, malgré ses inconvénients, la

défense absolue de tout arbitrage est-elle encore la meilleure garantie en faveur du mineur (comp. Turin, 17 mai 1806, Ponte, Sirey, 1807, II, 1047; Aix, 27 avril 1839, David; et Bourges, 18 décembre 1840, Guyochain, D., *Rec. alph.* (nouvelle édition), t. IV, v° *Arbitrage*, chap. IV, n[os] 245, 246; Berriat Saint-Prix, *Procéd. civ.*, t. I, p. 40; Carré, *Lois de la procéd.*, n° 325; de Vatimesnil, *Encyclop. du droit*, t. I, v° *Arbitrage*, art. 3, § 4, n[os] 79, 80; de Fréminville, t. II, n° 760; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 408; Massé et Vergé, t. I. p. 441; Demante, t. II, n° 228; Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Cod. Napol.*, p. 253).

780. — Aussi faudrait-il considérer comme nulle la clause d'un compromis par laquelle les parties majeures auraient stipulé que le compromis serait obligatoire, même pour leurs héritiers mineurs (art. 6 C. Nap., 1013 procéd.; de Vatimesnil, *Encyclop. du droit*, v° *Arbitrage*, n° 142; D., *Rec. alph.*, nouvelle édition, t. IV, v° *Arbitrage*, n° 604).

781. — Je ne saurais donc approuver, en ce qui me concerne, les procédés, et oserais-je dire? les détours, que la doctrine a imaginés et que la pratique emploie quelquefois pour faire profiter, à ce que l'on prétend, les mineurs des avantages du compromis.

L'un de ces moyens consiste à remettre les pièces et mémoires respectifs des parties à un ou plusieurs jurisconsultes, pour s'en rapporter à leur avis, qui est rédigé en forme de jugement, et soumis ensuite, comme *expédient* au tribunal, qui l'adopte sur les conclusions du ministère public (comp. Meslé, part. I, chap. VIII, n° 22; Toullier, t. I, n° 1242; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 406 et 408).

L'autre moyen au contraire, consiste à charger les jurisconsultes choisis, de rédiger leur avis en forme de transaction, et à remplir ensuite les formalités

prescrites par l'article 467 (Carré, *de la Procédure*, n° 3251, *de la Compétence*, t. V, n° 375).

La vérité est qu'aucun de ces procédés ne remplit le but que l'on se propose, et ne remplace vraiment le compromis.

Le compromis est un contrat par lequel les parties conviennent de se soumettre au jugement d'arbitres; contrat qui fait, dès le moment où il est passé, leur loi commune et irrévocable (art. 1134 Code Napoléon; 1008 procéd.);

Or, le tuteur ne serait certainement pas lié, après avoir consenti à s'en remettre à l'avis d'un ou de plusieurs jurisconsultes, pour soumettre ensuite cet avis au tribunal; il pourrait, si cet avis était contraire au mineur, se départir de son consentement;

Donc, ni l'un ni l'autre de ces moyens ne remplace en réalité, l'arbitrage.

Et ils ont, en outre, tous les deux, il faut bien le dire, l'inconvénient grave d'être en dehors de la loi, ou plutôt contraires à la loi elle-même, en voulant se montrer plus sages et plus clairvoyants qu'elle (comp. de Vatimesnil, *Encyclop. du droit*, v° *Arbitrage*, art. 3, § 1, n° 81; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), t. IV, v° *Arbitrage*, chap. IV, n° 249; de Fréminville, t. II, n° 764; *voy.* aussi notre *Traité des Successions*, t. III, n° 608).

782. — Je n'ai pas besoin de remarquer que je ne me suis occupé, dans tout ce qui précède, que de l'arbitrage volontaire.

L'arbitrage forcé était en effet soumis à des règles différentes; et, entre associés, les arbitres étaient en réalité les juges naturels, les véritables juges des parties (art. 51 et suiv. C. com., aujourd'hui abrogée par la loi du 17 juillet 1856).

783. — 5° Le tuteur ne peut prendre à ferme (ni à loyer) les biens du mineur (art. 450, 1708, 1710, 1711).

La règle est en effet qu'il ne doit pas lui-même faire naître une lutte d'intérêts entre son pupille et lui.

Toutefois cette dernière prohibition n'est pas absolue; et le conseil de famille peut autoriser le subrogé tuteur à lui en passer bail (art. 450; ajout. art. 420).

Car il ne s'agit, après tout, ici que des fruits, que des jouissances et point du fonds; et il se peut que le tuteur soit le preneur le plus convenable pour les biens du pupille; comme si ce tuteur est un ascendant, s'il connaît les biens, s'il les a déjà exploités ou habités, s'il exploite lui-même des biens semblables et peut-être contigus, etc.

784. — Il est bien clair que les baux consentis par le subrogé tuteur au tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille, sont soumis aux mêmes règles que les baux consentis par le tuteur lui-même à des tiers (art. 1718; *supra*, n° 638 et suiv.).

Car le subrogé tuteur remplace alors le tuteur; et c'est toujours en conséquence, un tuteur qui fait le bail.

785. — M. de Fréminville remarque que l'autorisation du conseil de famille n'intervient que pour autoriser le subrogé tuteur à consentir le bail, mais qu'une fois cette autorisation accordée, le subrogé tuteur a qualité pour régler seul avec le tuteur, toutes les conditions de ce bail, sans que l'autorisation du conseil de famille soit ensuite nécessaire à sa validité (t. I, n° 545).

L'observation me paraît juste; elle est fondée tout à la fois sur le texte même de l'article 450 et sur les principes généraux, d'après lesquels le tuteur peut régler seul les conditions des baux par lui faits; or, ainsi que nous venons de le dire, le subrogé tuteur exerce ici le pouvoir du tuteur.

Mais j'ajoute pourtant que le conseil de famille a le droit, avant d'accorder son autorisation, de demander à connaître les clauses du projet de bail et de n'accorder son autorisation qu'en considération de ces clauses, ou de toute autre clause nouvelle, qu'il aurait lui-même introduite, sous la condition que le bail ne sera pas autrement consenti (arg. de l'article 457, dernier alinéa).

786. — Il en est d'ailleurs de cette prohibition comme de toutes les autres; elle ne saurait être éludée au moyen d'une interposition de personnes, ni par aucun autre détour (Bourges, 29 décembre 1842, Martin, Dev., 1844, II, 255; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 424; Massé et Vergé, t. I, p. 446).

787. — M. Magnin a remarqué que le subrogé tuteur pourrait louer aussi les biens du mineur, si le conseil de famille autorisait le tuteur à lui en passer bail (t. I, n° 671).

Cette proposition nous paraît exacte; et nous croyons aussi, par argument de l'article 450, que l'autorisation du conseil de famille serait nécessaire (*supra*, n° 375; *voy.* toutefois Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 430).

788. — Je ne me suis occupé des actes interdits au tuteur, qu'autant que ces actes se rapportent à l'administration du patrimoine du mineur, dont le tuteur est chargé.

Il y a bien d'autres actes encore qui sont interdits au tuteur dans ses rapports avec le pupille (*voy.*, par exemple, art. 472, 907, etc.);

Mais ces prohibitions dérivent d'un autre ordre de principes; elles ne règlent pas l'administration même du tuteur, elles n'en limitent pas l'étendue; elles sont donc en dehors de notre sujet actuel; et ce n'est pas ici le moment de les exposer.

SECTION III.

DANS QUELS CAS LE MINEUR LUI-MÊME PEUT-IL AGIR PERSONNELLEMENT ?

SOMMAIRE.

789. — Nous avons vu que le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils, et que le mineur lui-même n'est pas en scène et n'agit pas *supra*, n° 528).

Il nous reste à mesurer l'étendue de cette règle ; ou, en d'autres termes, à rechercher :

A. S'il n'est pas certains actes, qui ne peuvent être faits que par le mineur lui-même personnellement;

B. Si les actes mêmes, que le tuteur est chargé de faire, ne peuvent pas aussi être faits, également et concurremment, par le mineur.

790. — A. Et d'abord, n'est-il pas certains actes, dans lesquels le tuteur ne peut pas représenter le mineur?

L'affirmative est évidente.

Si général que soit le mandat du tuteur, il ne peut comprendre que les actes, qui sont susceptibles d'être exercés par délégation ; et quoique l'article 450 déclare que le tuteur réprésente le mineur *dans tous les actes civils*, il est clair que cette disposition ne s'applique qu'aux actes dans lesquels cette représentation même est possible ;

Or, il est un certain nombre d'actes, un certain nombre de droits ou de facultés, qui, soit par leur caractère essentiel, soit par diverses considérations d'un ordre

très-élevé, ne sont pas susceptibles d'être exercés par délégation, qui exigent le concours personnel, le consentement même de la personne de qui ils émanent, et à l'égard desquels l'exercice ne peut pas être distingué ni séparé de *la jouissance* (*voy.* notre t. I, n° 139, et notre t. III, n° 127, p. 184, 185);

Donc, le tuteur ne peut pas représenter le mineur dans ces sortes d'actes, qui n'admettent pas cette représentation, cette délégation.

Cela posé, il faut :

Ou que ces actes soient tout à fait impossibles pendant la durée de la minorité ;

Ou qu'ils soient faits par le mineur lui-même personnellement.

791. — Et c'est bien là, en effet, ce qui arrive.

1° Il est des actes, qui sont tout à fait impossibles pendant la minorité, et qui ne pouvant pas être faits par le tuteur, ne peuvent pas non plus être faits par le mineur;

2° Il est des actes, qui peuvent être faits par le mineur lui-même, parvenu à un certain âge, que la loi détermine dans certains cas et qu'elle ne détermine pas dans d'autres; et ces actes, le mineur peut les faire tantôt seul, tantôt avec l'assistance de ceux, sous l'autorité desquels la loi l'a placé.

Nous allons fournir les principaux exemples des uns et des autres.

792. — 1° C'est ainsi que le mineur ne peut point disposer par donation entre-vifs (excepté seulement dans son contrat de mariage, art. 903, 904, 1095; *voy.* aussi *supra*, n° 775).

C'est ainsi qu'il ne peut pas consentir à un contrat d'adoption, ni comme adopté, ni comme adoptant (*voy.* notre t. VI, n°s 31 et 67).

C'est ainsi que pendant cette période assez longue

de l'enfance et même de l'adolescence, où sa raison et son jugement ne sont pas encore formés, ceux-là mêmes des droits à l'exercice desquels la minorité n'est pas un obstacle absolu, sommeillent pour ainsi dire dans une sorte de paralysie sur sa personne, tant qu'il n'est pas encore en âge de les comprendre et de les faire.

793. — 2° Mais le mineur, parvenu à un certain âge, peut faire lui-même personnellement certains actes.

C'est ainsi qu'il peut se marier à dix-huit ou à quinze ans (art. 144).

Nous savons quels consentements lui sont alors nécessaires, suivant les différentes circonstances (art. 148 et suiv.; *voy.* notre t. III, nos 34 et suiv.).

Rappelons seulement ici que ce n'est pas le tuteur, qui, en cette qualité, assiste alors le mineur. Le tuteur comme tuteur, n'est jamais chargé par la loi de donner ou de refuser son consentement au mariage du mineur.

794. — C'est aussi le mineur lui-même qui figure et qui *parle*, comme on dit, dans son contrat de mariage, c'est-à-dire, dans l'acte qui règle ses conventions matrimoniales quant aux biens (art. 1387, 1398).

Rappelons encore que l'assistance, qui lui est nécessaire dans cette occasion, n'est pas celle du tuteur, mais bien celle *des personnes, dont le consentement est nécessaire à la validité de son mariage* (art. 1095, 1309, 1398).

Et cela est très-logique et très-sage.

Une relation étroite, ou plutôt indivisible, unit ce double consentement : le consentement au mariage lui-même, et le consentement aux conventions matrimoniales.

L'un dépend de l'autre ; l'un est presque toujours la cause et la condition déterminante de l'autre.

La loi devait donc les demander tous les deux aux mêmes personnes.

Et de la même manière que c'est le mineur personnellement qui consent tout à la fois à son mariage et à ses conventions matrimoniales ; de la même manière ce sont ceux que la loi charge de consentir à son mariage, qu'elle a chargés aussi de consentir à ses conventions matrimoniales.

795. — Le mineur parvenu à l'âge de seize ans, peut disposer par testament, mais seulement jusqu'à concurrence de la moitié des biens, dont la loi permet au majeur de disposer (comp. art. 904, 905, 226; *voy.* notre t. IV, n°s 183, 184).

Nous reviendrons en temps et lieu sur cette importante disposition.

796. — Nous avons pensé aussi que le mineur pouvait reconnaître un enfant naturel, et que dans le silence absolu de la loi, il pouvait faire cette reconnaissance :

1° Seul et sans aucune assistance ;

2° A quelque âge que ce fût, pourvu qu'en fait, il eût agi d'une manière intelligente et libre (*voy.* notre t. V, n°s 387, 388).

797. — Ce n'est également que le mineur lui-même qui peut contracter un engagement militaire.

Et, à cet égard, l'article 32 de la loi du 21 mars 1832, sur le recrutement de l'armée, fait la distinction suivante :

Le mineur a-t-il moins de vingt ans ?

Il ne peut contracter un engagement qu'avec le consentement de son tuteur, lequel doit être lui-même autorisé, à cet effet, par le conseil de famille.

Le mineur a-t-il plus de vingt ans ?

Il peut, seul et sans aucun consentement étranger, contracter un engagement militaire (*supra*, n° 540).

Nous avons déjà remarqué que cette dérogation aux règles de la subordination et de la discipline domestique était fondée sur l'intérêt général de l'État, mais pourtant que l'article 32 de la loi du 21 mars 1832 en avait atténué la gravité, en reportant à l'âge de vingt ans cette faculté que l'article 374 du Code Napoléon accordait au mineur dès l'âge de dix-huit ans (*voy.* notre t. VI, n° 306; comp. aussi le décret du 13 juillet 1848).

798. — Le tuteur peut-il consentir seul, pour le mineur et en son nom, un contrat d'apprentissage?

Ou le consentement personnel du mineur est-il, dans ce cas, nécessaire?

L'article 9 de la loi du 25 germinal an XI paraissait supposer qu'il était nécessaire que le mineur lui-même consentît :

« Les contrats d'apprentissage consentis entre majeurs *ou par des mineurs, avec le concours de ceux sous l'autorité desquels ils sont placés*, ne pourront être résolus...., etc. »

Et on peut ajouter effectivement en ce sens :

1° Qu'il ne conviendrait pas de laisser au tuteur seul le droit de consentir, sans la participation du mineur, les contrats qui engagent la liberté personnelle de celui-ci (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 648);

2° Que d'ailleurs la nécessité même exige qu'il en soit ainsi, puisque le tuteur n'aurait véritablement aucun moyen de contrainte contre le mineur, qui ne voudrait pas remplir un engagement d'apprentissage contracté sans son aveu.

Cette solution, toutefois, me paraît fort contestable.

Et d'abord je crois qu'il faut prendre garde d'exagérer cette idée que le tuteur ne peut point faire d'acte qui serait de nature à gêner, à contraindre la liberté personnelle du mineur.

Le tuteur, sans doute, n'a pas besoin du consente-

ment personnel du mineur pour le mettre au couvent ou au lycée; et on sait pourtant que le mineur n'y va pas toujours du meilleur gré possible.

Mais c'est que le tuteur est chargé de prendre soin de la personne du mineur, c'est-à-dire de l'élever, de l'instruire, et qu'il a, dès lors, le droit d'employer les moyens nécessaires à l'accomplissement de cette importante obligation, dans l'intérêt du mineur lui-même.

Or, s'il peut le mettre au couvent ou au collége, ou dans tout autre établissement public ou privé d'instruction, pourquoi ne pourrait-il point le placer chez un maître, chez un patron, pour lui faire faire un apprentissage ?

Est-ce que le principe n'est pas le même dans tous les cas ?

Le lycée ou la pension est le moyen d'une éducation lettrée, libérale ;

L'apprentissage est le moyen d'une éducation professionnelle.

Sans doute, si l'on prétend que le mineur ne doit pas être placé en apprentissage, ou plus généralement qu'il ne doit pas être élevé comme le tuteur veut l'élever, le conseil de famille pourra intervenir; l'un de ses membres, le subrogé tuteur pourront déférer au conseil cette question ; et le mineur lui-même, dont tout l'avenir y est si essentiellement intéressé, pourrait aussi réclamer son intervention.

Mais ce serait là une question tout autre; la question de savoir si le choix de l'éducation à donner au mineur appartient au tuteur seul, ou si le conseil de famille n'a pas, au contraire, le droit d'y regarder et de tracer, à cet égard, au tuteur, des instructions.

Et cette question-là, nous l'avons nous-même résolue en ce sens que le conseil de famille, en effet, a le pouvoir d'intervenir (*supra*, n°s 535 et suiv.).

Mais nous supposons ici que le conseil de famille approuve le genre d'éducation que le tuteur donne au mineur; qu'il estime aussi qu'il y a lieu de faire de lui un artisan, un mécanicien, etc.

Eh bien! cette question-là une fois résolue, il me semble que les voies et moyens sont ensuite dans le pouvoir du tuteur; qu'il n'a pas dès lors besoin du consentement personnel du mineur, et que, par suite, un contrat d'apprentissage passé par lui, serait très-valablement consenti.

Et non-seulement un contrat d'apprentissage, mais tout autre arrangement par lequel le tuteur aurait avisé au moyen d'occuper le mineur et d'employer utilement son temps.

C'est ainsi que Pothier écrivait que « le tuteur peut engager le mineur, jusqu'à un certain âge, à quelqu'un qui voudra bien se charger de lui pour le temps convenu...., etc. » (*Introd. au tit.* IX *de la Cout. d'Orléans*, n° 19.)

Mais le mineur, dites-vous, ne voudra pas se soumettre, il ne remplira pas l'engagement!

Je n'admets pas cet argument, qui sent trop l'esprit d'insubordination et de révolte.

Et si le mineur se sauvait du collége?

Et si, après qu'il aurait consenti lui-même le contrat d'apprentissage, il ne voulait pas l'exécuter?

Vous voyez bien que l'objection se présenterait dans tous les systèmes.

Je réponds donc qu'on avisera aux moyens de dompter cette rébellion; on emploiera, s'il le faut, la correction autorisée par l'article 468.

Quant au texte de l'article 9 de la loi du 22 germinal an XI, ce que l'on aurait pu dire, lorsqu'il était encore en vigueur, c'est qu'il supposait que le mineur lui-même contracterait l'engagement d'apprentissage

plutôt qu'il n'en faisait une condition; et on s'expliquerait d'autant mieux qu'il l'eût ainsi supposé, que dans le droit antérieur au Code Napoléon, le mineur lui-même était presque toujours personnellement mis en scène.

Mais d'ailleurs la loi du 22 février 1851 relative aux contrats d'apprentissage, a abrogé l'article 9 de la loi du 22 germinal an XI (*voy.* art. 22); et il résulte, au contraire, de cette loi du 22 février 1851, que le tuteur peut lui-même placer le mineur en apprentissage; car, aux termes de l'article 3, le contrat d'apprentissage doit être signé par le maître et *par les représentants de l'apprenti.*

On peut consulter enfin l'article 2 du décret du 15 pluviôse an XIII, et les articles 9 et 17 du décret du 19 janvier 1811. On y verra que les commissions administratives des hospices, sous la tutelle desquelles sont placés les enfants trouvés et les enfants abandonnés, ont, par elles-mêmes et par elles seules, le droit de placer ces enfants en apprentissage (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 389).

799. — Au reste, nous reconnaissons aussi nous-même la vérité de ce principe, que le tuteur ne doit point prendre seul des déterminations, des engagements qui enchaîneraient la liberté personnelle du mineur.

Et comme ce n'est qu'en raison du devoir qui lui est imposé d'élever et d'instruire le mineur; comme ce n'est qu'à titre de moyen pour accomplir ce devoir que nous avons modifié ce principe, il s'ensuit qu'il doit reprendre son empire dans les cas où il ne s'agirait pas de l'éducation et de l'instruction du mineur.

C'est ainsi qu'il faudrait que le mineur lui-même consentît, si l'engagement avait pour objet l'exercice

d'un état, d'une profession, d'une industrie quelconque, ou s'il constituait de sa part un louage de service.

Il est certain, en effet, que le mineur, même non émancipé, peut *exercer un état* (art. 382), *une industrie séparée* (art. 387), qu'il peut être *artisan*, ce qui n'est pas synonyme de commerçant, et ne nécessite pas l'émancipation (comp. art. 487, 1308 C. Napol.; art. 1 et 2 C. de comm.); qu'il peut enfin consentir un *louage d'ouvrage* (art. 1710, 1779, 1780).

Et nous croyons que, dans ces circonstances, son consentement personnel serait, en effet, nécessaire; comme aussi il faudrait qu'il fût assisté de *ceux sous l'autorité desquels il est placé*, c'est-à-dire de son père, pendant le mariage, et de son tuteur après la dissolution du mariage.

Il se peut que la nuance entre ces deux hypothèses, entre celle qui a pour objet l'éducation et l'instruction du mineur, et celle qui a pour objet l'exercice même de son état et de son industrie; il se peut, dis-je, que cette nuance soit délicate; mais elle me paraît néanmoins sérieuse et réelle.

800. — C'est par application de ce principe que le tuteur ne pourrait pas seul contracter un engagement théâtral ou dramatique au nom du mineur.

Il faudrait que le mineur lui-même consentît; et dès que nous exigeons son consentement, il est clair qu'il est nécessaire que le mineur soit d'un âge assez avancé pour comprendre et pour consentir (comp. jugement du tribunal de commerce de Paris du 10 janvier 1828; arrêt de la Cour de Paris, du 5 janv. 1828; Vivien et Blanc, *Traité de la Législation des théâtres*, n° 213; *voy.* aussi notre t. IV, n° 165).

801. — Mentionnons encore ici, en passant, la disposition de l'article 1310, d'après laquelle le mineur

n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit.

Malitia supplet ætatem (L. 3, Cod. *si minor se majorem dixerit*); il était impossible, en effet, de permettre au mineur de se prévaloir de son incapacité civile pour échapper à la règle d'équité, qui oblige toute personne à la réparation du dommage qu'elle a causé à autrui par sa faute, son imprudence ou sa négligence (art. 1382, 1383).

802. — Et cette transition nous amène à une question controversée et fort délicate en effet, qui consiste à savoir si l'action en réparation civile, formée devant les tribunaux criminels contre un mineur, n'est recevable qu'autant que le tuteur a été aussi mis en cause; ou si, au contraire, elle procède bien, quoiqu'elle n'ait été dirigée que contre le mineur sans l'assistance de son tuteur.

On pourrait compter trois opinions différentes.

La première enseigne que le tuteur doit toujours, et sans aucune distinction, être mis en cause, soit que le mineur, prévenu ou accusé, ait été condamné, soit qu'il ait été acquitté :

1° L'action en dommages-intérêts, qui a pour cause la réparation du dommage causé par un crime ou par un délit, n'en est pas moins une action essentiellement civile (art. 1382, 1383); et elle doit être, en conséquence, soumise aux règles du droit civil, à moins qu'un texte de loi n'y déroge;

Or, tout ce qui résulte du Code d'instruction criminelle (art. 3), c'est que cette action peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique; mais aucun article n'ajoute que ce changement de juridiction changera aussi la nature de l'action civile, et modifiera autrement les conditions de son exercice;

Donc, elle demeure soumise, sous ce rapport, devant la juridiction criminelle ou correctionnelle, aux mêmes règles que devant la juridiction civile.

2° Pourquoi d'ailleurs en serait-il autrement?

Le mineur a-t-il donc moins d'inexpérience, moins de légèreté devant un tribunal que devant un autre?

Ne doit-on pas, tout au contraire, craindre, en outre, l'émotion et le trouble dans lesquels peuvent le jeter le caractère même et la plus grande solennité de la juridiction criminelle?

Et le moment serait-il bien choisi pour abandonner le mineur à lui-même, pour lui retirer, précisément dans ce cas, la protection qui veille toujours sur lui, et pour le laisser ainsi se compromettre et se perdre peut-être par sa faute (comp. Cour d'assises de la Moselle, 1er août 1829, Mosquinot, D., 1830, II, 100; Cour d'assises du Haut-Rhin, 15 mars 1831, Wolfschlœger, D., 1833, II, 17; Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. II, p. 192).

803. — Une seconde opinion voudrait distinguer entre le cas où le mineur serait condamné et le cas où il serait acquitté.

Tout en concédant que dans le premier cas, la mise en cause du tuteur ne serait pas nécessaire, elle l'exigerait au contraire dans le second cas :

Le motif essentiel, qui fait que la loi, en matière criminelle, ne maintient pas (du moins absolument) les règles qui gouvernent la minorité en matière civile, ce motif, dont nos anciens docteurs avaient fait une maxime, c'est que *malitia supplet ætatem;* c'est que le mineur *in delictis major habetur;*

Or, l'acquittement du mineur a démontré que le fait, qui lui était imputé (en admettant qu'il en soit l'auteur), est exempt de toute criminalité, et que c'est à

tort que le mineur a été traduit devant la juridiction criminelle. L'acquittement a démontré que l'action en dommages-intérêts formée contre le mineur, était de tous points absolument civile, non-seulement par son objet, mais encore par sa cause;

Donc, il est tout à la fois logique et équitable de rentrer dans la règle générale et dans les conditions protectrices, par lesquelles la loi veille aux intérêts des mineurs.

804. — Je n'admets, en ce qui me concerne, ni l'une ni l'autre des opinions qui précèdent ; et je pense que dans tous les cas, sans distinguer entre l'hypothèse de la condamnation et l'hypothèse de l'acquittement, l'action en réparation civile est valablement formée devant la juridiction criminelle, contre le mineur seul, sans qu'il soit nécessaire de mettre son tuteur en cause :

1° Le législateur, par les motifs les plus graves, dans des vues de répression publique et de réparation privée, le législateur a voulu que l'action civile pût être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique (art. 3 inst. crim.); et il a organisé cette double compétence par un ensemble de dispositions, dont la partie civile a le droit d'invoquer l'application et le bénéfice, quel que soit le prévenu ou l'accusé, à moins qu'un texte même de la loi ne fasse une exception;

Or, au contraire, les articles qui attribuent aux juges criminels le droit de prononcer sur les dommages-intérêts réclamés devant eux par la partie civile, ces articles sont généraux et absolus ; ils ne font aucune distinction entre les prévenus ou les accusés majeurs ou mineurs (comp. art. 145, 147, 159, 162, 182, 192, 358, 359 et 366 inst. crim.);

Donc, la partie civile peut en invoquer en effet l'ap-

plication contre le mineur accusé ou prévenu aussi bien que contre le majeur.

Le législateur sans doute n'ignorait pas que les accusés ou les prévenus pourraient être mineurs (art. 66 et suiv. C. pénal); et s'il avait voulu faire ici une exception pour eux, il s'en serait assurément expliqué.

2° Prétendez-vous que l'action publique elle-même ne soit recevable contre le mineur qu'à la condition qu'il sera assisté de son tuteur, et que dès lors le ministère public devrait, lui aussi! mettre le tuteur en cause?

Non, sans doute! car cette proposition ne serait pas soutenable; et nul ne l'a soutenue.

Eh bien! suivant nous, la question est résolue, par cela même, en ce qui concerne l'action civile.

En effet, le Code d'instruction criminelle a fait de l'action civile, un accessoire et une dépendance naturelle de l'action publique; il l'a indivisiblement soumise à la même juridiction et aux mêmes formes de poursuites; il a cru qu'il convenait que le même juge, qui statuait sur le principal, c'est-à-dire sur l'action publique, fût aussi compétent pour statuer sur l'accessoire, c'est-à-dire sur l'action civile, dont nul autre ne pourrait mieux que lui apprécier le mérite et le fondement; et il a dès lors confondu dans les mêmes règles, dans les mêmes textes, la poursuite et le jugement de l'une et de l'autre action;

Or, l'action publique peut être poursuivie contre le mineur seul, et sans l'assistance de son tuteur;

Donc, aussi l'action civile.

3° Comment! vous convenez qu'il n'est pas nécessaire que le tuteur soit mis en cause, pour l'exercice de l'action publique, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de la liberté, de la vie, de l'honneur même du mineur!

Et vous ne voulez pas admettre que l'exercice accessoire de l'action civile soit aussi régulier dans les

mêmes conditions, lorsque pourtant il ne s'agit alors que de ses biens !

N'est-ce pas là une évidente contradiction !

Nous aurions très-bien compris que le législateur exigeât que le mineur, même dans les causes criminelles, fût assisté de son tuteur pour se défendre contre l'action publique.

Le droit romain le voulait ainsi ; et ses motifs sans doute étaient pleins de sagesse et de prévoyance :

« ... Ne ex sua imperitia vel juvenili calore aliquid « vel dicant vel taceant, quod si fuisset prolatum vel « non expressum, prodesse eis poterat et a deteriore « calculo eos eripere.... » (L. 4, Cod. *de Auctoritate præstanda*).

Mais notre législateur n'a pas adopté cette règle ; il a cru que les garanties de l'instruction et de la procédure criminelle, offraient dans l'intérêt de l'accusé ou du prévenu, de suffisantes garanties ; il l'a cru, à tort ou à raison ; mais il n'en faut pas moins en prendre son parti et reconnaître que la décision sur l'exercice de l'action publique, emporte virtuellement et nécessairement la même décision sur l'exercice de l'action civile.

Sous ce rapport, il est permis de croire que l'opinion des honorables et savants auteurs de la *Théorie du Code pénal*, en ce qui concerne l'exercice de l'action civile, s'est un peu ressentie, si j'osais m'exprimer ainsi, du regret qu'ils éprouvaient de voir le mineur livré, sans l'assistance de son tuteur, aux poursuites de l'action publique.

Ajoutons d'ailleurs que nos lois modernes paraissent, en ce point, conformes à notre ancien droit français : « Les ordonnances veulent, dit Meslé, qu'en matière criminelle, le mineur se défende sans assistance du tuteur ou curateur. » (Part. II, chap. XIV, n° 54.)

4° Il est si vrai que les articles précités du Code d'instruction criminelle ne comportent aucune distinction entre les mineurs et les majeurs, que si le tuteur du prévenu ou de l'accusé mineur devait être mis en cause, la partie civile pourrait être privée du droit de former sa demande devant la juridiction criminelle.

Le droit de former cette demande peut être, en effet, exercé par elle jusqu'au jugement (art. 359 instr. crim.).

Or, il est clair que la partie civile ne pourrait pas mettre en cause le tuteur dans l'intervalle de la déclaration du jury à l'arrêt de la Cour.

5° Cette démonstration, en établissant que l'action civile est régulièrement formée devant la juridiction criminelle contre le mineur seul, nous paraît avoir établi, du même coup, que la distinction proposée par l'une des opinions dissidentes, entre le cas de condamnation et le cas d'acquittement, n'est pas admissible.

Vainement on objecte que, dans ce dernier cas, le fait reproché au mineur étant exempt de toute criminalité, doit désormais rentrer dans les règles qui gouvernent les actions civiles.

Voici notre réponse :

Les articles précités du Code d'instruction criminelle s'appliquent-ils, sans aucune distinction, aux mineurs comme aux majeurs ?

Oui, c'est là un point résolu.

Maintenant, ces articles attribuent-ils à la juridiction criminelle le droit de statuer sur l'action civile, sans aucune distinction entre le cas d'acquittement et le cas de condamnation ?

Oui, encore !

Donc, ils leur attribuent ce droit à l'égard des mineurs aussi bien qu'à l'égard des majeurs, puisque

tous ces articles, ces articles tout entiers et tels qu'ils sont, s'appliquent également aux uns et aux autres.

La distinction proposée ne doit donc pas être reçue. Cette distinction-là, il faut bien le dire, s'attaque à la loi elle-même, à notre Code même d'instruction criminelle.

C'est, je dirais presque, un acte d'insoumission d'une ancienne doctrine, qui ne veut pas s'avouer tout à fait vaincue, et qui prétend lutter encore et se ménager une dernière retraite.

Cette doctrine consistait à soutenir que les dommages-intérêts civils ne devant être prononcés que comme la réparation d'un crime ou d'un délit, la juridiction criminelle devait être déclarée incompétente pour en accorder, dans le cas d'acquittement de l'accusé (comp. Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 223, 224; Lesellyer, *du Droit criminel*, nos 2488, 2490).

Mais, quoique cette thèse ait été vivement soutenue par certains criminalistes, les auteurs du Code d'instruction criminelle ne l'ont pas adoptée.

Concluons donc que l'action civile est, dans tous les cas, régulièrement formée devant la juridiction criminelle, contre le mineur, sans l'assistance de son tuteur (comp. Grenoble, 4 mars 1835, Bergeron, D., 1835, II, 110; Bourges, 18 août 1836, B. C. Miot, Dev., 1839, II, 32; Cass., 15 janvier 1846, Devaux, Dev., 1846, I, 489; Cass., 29 mars 1849, Jacquin, D., 1849, I, 225; Rauter, *Traité théor. et prat. du droit criminel*, t. II, n° 684, note 1, et n° 723; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 442).

804 *bis*. — MM. Aubry et Rau ont proposé une distinction :

S'agit-il de poursuites d'office dirigées contre le mineur, en raison d'un crime, d'un délit ou d'une con-

travention de police ? Nos savants collègues enseignent aussi que le mineur doit seul être appelé à y défendre, et que l'assistance du tuteur n'est pas non plus nécessaire dans le cas où une demande civile en dommages-intérêts vient à être formée par la partie lésée dans le cours de l'instance poursuivie par le ministère public.

Mais quant aux actions civiles en réparation de dommages causés par un délit ou par une contravention, MM. Aubry et Rau décident qu'elles doivent être dirigées non contre le tuteur seul, mais tout à la fois contre le tuteur et le mineur, lorsqu'elles sont portées directement et par voie principale devant un tribunal correctionnel ou de simple police (sur Zachariæ, t. I, p. 386, 387).

Cette distinction est assurément fondée sur un motif sérieux ; car la partie civile a, dans ce dernier cas, le moyen très-facile d'assigner le tuteur en même temps que le mineur; mais est-il vrai que le législateur lui-même l'ait admise et qu'elle soit conforme aux principes qu'il a consacrés? Voilà ce qui ne nous paraît pas démontré; et la généralité absolue des articles précités du Code d'instruction criminelle nous porte, au contraire, à croire que cette nouvelle distinction ne devrait pas non plus être suivie.

805. — Quelques auteurs avaient prétendu, autrefois, que le mineur pouvait lui-même se porter seul partie civile, et réclamer des dommages-intérêts devant la juridiction criminelle (comp. Jousse, *de la Justice criminelle*, t. I, p. 587, et t. III, p. 44; Muyart de Vouglans, *Inst. au droit crim.*, p. 41).

Mais il est certain que c'est le tuteur lui-même, et lui seul, qui a aujourd'hui qualité pour exercer l'action civile (art. 450, 464 ; Rauter, *supra cit.*, n° 685; Lesellyer, *supra cit.*, n° 550).

806. — La Cour de Metz a jugé que la demande en

interdiction pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur (art. 489), pouvait être valablement formée contre le mineur lui-même personnellement et contre lui seul, sans qu'il soit nécessaire de mettre le tuteur en cause (30 août 1823, Canier, Sirey, 1825, II, 315).

Un mineur peut-il être interdit?

Ce serait là une première question; nous la retrouverons bientôt; et quelque solution qu'elle reçoive, nous reconnaîtrons que la loi ne l'a pas spécialement prévue (art. 489).

En admettant donc l'affirmative, c'est d'après les principes généraux en matière de tutelle, et d'après la raison, que les questions secondaires qui en naissent, doivent ensuite être résolues.

Or, d'après ces éléments d'interprétation, il nous semble que la demande en interdiction devrait alors être formée tout à la fois contre le mineur lui-même et contre son tuteur :

Contre le mineur;

Car il s'agit de son état et de sa capacité; c'est-à-dire d'une poursuite qui l'intéresse directement et personnellement; car d'après l'ensemble des dispositions de nos Codes sur la procédure en interdiction, celui contre lequel la demande est formée, doit être personnellement le *défendeur* à cette demande, pour être interrogé lui-même par les magistrats, etc. (Art. 496.)

Contre le tuteur;

Parce qu'il est chargé de prendre soin de la personne du mineur (art. 450); parce qu'il serait contraire à l'équité que le mineur fût privé de ses conseils et de sa protection dans cette circonstance si grave; parce que l'exception que nous avons reconnue en ce qui concerne l'exercice de l'action civile devant la juridiction criminelle, repose sur des textes et sur des motifs qui ne sont ici nullement applicables (comp. Dijon,

24 avril 1830, Sirey, 1830, II, 218; Nîmes, 22 avril 1839, Vinay, Dev., 1839, II, 433; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 387).

807. — B. Les actes mêmes que le tuteur peut faire, que le tuteur est chargé de faire, ne peuvent-ils pas être faits aussi, également et concurremment, par le mineur ?

A ne consulter que la raison et les règles d'une bonne et sage distribution de pouvoirs, cette question ne paraîtrait pas difficile à résoudre.

Le Code Napoléon a fait du tuteur le représentant légal du mineur; il l'a chargé de faire, pour le mineur et en son nom, tous les actes civils qui le concernent.

La conséquence raisonnable et logique de ce système n'est-elle pas que le mineur ne devrait pas lui-même pouvoir s'ingérer dans le gouvernement de son patrimoine, et venir faire au tuteur une concurrence qui détruirait l'unité de son administration, et n'y serait qu'une cause de tiraillements, de conflits et de désordres ?

Sans doute le Code Napoléon aurait pu et peut-être même qu'il aurait dû associer (dans certains cas du moins), le mineur au tuteur dans la gestion de ses biens. Ce n'est pas sans quelque raison qu'on a reproché à son organisation de la tutelle, de faire passer soudainement le mineur de cet état de minorité, où il n'a rien à faire, à l'état de majorité, où c'est lui qui doit désormais tout faire. L'émancipation, il est vrai, forme une situation intermédiaire qui permet au mineur de s'essayer, de se préparer, par une sorte de stage, à la pratique de l'administration et, comme on dit, *aux affaires*. Mais l'émancipation n'est pas la règle, elle n'est que l'exception; et peut-être aurait-on pu faire au mineur, lorsqu'il aurait un âge déterminé, une certaine part

d'action ou plutôt d'intervention et de concours dans les actes importants du tuteur.

C'est ainsi, par exemple, que le Code prussien dispose que les immeubles du mineur, âgé de plus de dix-huit ans, ne peuvent pas être vendus sans son consentement (art. 560).

Et si on avait admis cette espèce de concours du mineur dans la gestion de son patrimoine, on l'aurait, bien entendu, réglé; on aurait combiné, concilié l'action commune du tuteur et du mineur, de manière à les diriger d'accord et en bonne harmonie vers le même but. On aurait pu rétablir ainsi, pour certains cas, l'*autorisation* du tuteur.

Mais ce système n'est pas du tout celui de notre Code.

Notre Code ne connaît plus l'autorisation du tuteur.

En fait, sans doute, il peut arriver que le mineur lui-même contracte avec l'assistance et l'autorisation du tuteur; mais l'acte alors sera considéré comme s'il avait été fait par le tuteur lui-même; car le tuteur, en effet, lui-même y aura figuré; il y aura consenti; et nous ne sommes pas assez formalistes pour ne pas reconnaître, en pareil cas, un acte du tuteur lui-même.

Mais en principe, je le répète, le Code Napoléon ne met pas le mineur lui-même en scène; il ne le met pas en rapport avec le tiers; c'est le tuteur seul qui agit; c'est lui qui représente le mineur dans tous les actes civils.

Or, dans une telle organisation, est-il raisonnable que le mineur lui-même puisse agir; de telle sorte qu'il y ait, dans la même administration, deux agents, deux pouvoirs parallèles et en quelque sorte rivaux, ayant, chacun de son côté, le droit de faire séparément et isolément les mêmes actes, sur les mêmes biens?

Cet argument est un de ceux que nous allons trouver bientôt au service d'une doctrine importante, qui enseigne que le mineur est en effet incapable d'agir et qu'il peut demander la nullité de ses conventions, pour cause d'incapacité, sans avoir besoin d'invoquer aucun autre moyen.

Je n'admettrai pas cette doctrine; mais il m'est impossible de ne pas reconnaître tout ce que cet argument et les considérations qui s'y rattachent, lui donnent de force et de gravité.

Je ne l'admettrai pas pourtant, parce que je pense qu'elle n'est pas celle du Code Napoléon.

Le Code Napoléon me paraît (suivant les distinctions que je vais proposer) admettre le mineur à se faire restituer contre ses conventions, non pas précisément pour cause d'incapacité, mais seulement pour cause de lésion.

Frappé sans doute de la cause et du caractère de l'incapacité civile du mineur, qui ne repose que sur une présomption légale de son inexpérience, il a cru qu'il serait plus rationnel et surtout plus moral de ne pas relever le mineur de ses engagements, si dans l'acte par lui passé, il avait démenti la présomption et fait preuve de discernement et d'habileté.

Il maintient donc, dans ce cas, les actes de simple administration qu'il a passés, les engagements qu'il a pris (lorsque du moins ces engagements n'étaient assujettis à aucune forme spéciale de la part du tuteur lui-même); il les maintient, dis-je, lorsqu'ils sont pris, lorsqu'il sont passés.

Mais je ne puis pas croire qu'il ait été dans sa pensée de les provoquer, de les favoriser, et d'habiliter d'avance le mineur lui-même à agir, à contracter, côte à côte, si j'osais dire ainsi, avec son tuteur, sous la condition qu'il ne serait pas lésé.

Il maintient donc seulement le fait accompli ; mais ce fait n'en est pas moins toujours anomal et irrégulier.

Le fait est possible sans doute ; et voilà pourquoi la loi s'en occupe et le règle.

Voilà comment aussi tous nos auteurs modernes s'en occupent, presque dans les mêmes termes que nos anciens auteurs, qui écrivaient sous un régime très-différent du nôtre, à une époque où le mineur lui-même, en effet, pouvait agir avec ou sans l'autorisation de son tuteur.

C'est même une chose véritablement, sous l'empire du Code Napoléon, très-digne de remarque, que cet examen, en partie double, des divers actes, qui peuvent être faits pendant la tutelle : des actes du tuteur et des actes du mineur ; et j'en étais singulièrement frappé, en lisant l'un des derniers volumes de l'importante et remarquable publication de M. Dalloz, qui, au mot *Compromis*, examine en effet, divisément et séparément, le compromis fait par le mineur, (t. IV, v° *Arbitre*, chap. IV, n°s 221-224), et le compromis fait par le tuteur (n°s 245-251).

A la bonne heure !

Mais ce qu'il faut ajouter, c'est que l'un, l'acte fait par le tuteur, représente l'ordre et la règle ;

Tandis que l'autre, l'acte fait par le mineur, est une exception toujours plus ou moins irrégulière.

Il se peut, par exemple, que l'engagement contracté, par un mineur envers son maître de pension soit fondé en équité et doive être maintenu (Paris, 19 mai 1830, Lanoë, Sirey, 1830, II, 222).

Mais cet exemple même d'un pensionnaire s'obligeant civilement envers son maître, témoigne assez de tout ce qu'une telle situation a d'irrégulier et d'anomal.

808. — Il est toutefois certains actes conservatoires

que le Code Napoléon lui-même autorise et convie, en quelque sorte, le mineur personnellement à faire.

Telle est la réquisition à fin d'inscription hypothécaire (comp. art. 2139, 2194).

C'est ainsi également que l'auteur de l'*Encyclopédie des juges de paix* enseigne que les mineurs peuvent requérir l'apposition des scellés (t. V, v° *Scellé,* chap. VII, § 2, n° 7).

809. — Mais faudrait-il généraliser cette proposition et reconnaître au mineur le droit de faire valablement, à l'encontre des tiers, tous les actes conservatoires quelconques?

Et, par exemple, l'assignation donnée en justice, à la requête du mineur, serait-elle interruptive de prescription?

M. de Fréminville ne l'a pas pensé; et il enseigne, sur cette question même, la solution négative (t. I, n° 370).

Cette solution pourrait être, en effet, défendue par des moyens très-puissants.

D'une part, le tiers, dans ce cas, n'a pas contracté avec le mineur; et il ne s'est pas rendu personnellement non recevable à lui opposer son incapacité (arg. de l'article 1125).

D'autre part, la nullité de l'assignation donnée à la requête du mineur est telle, qu'elle ne saurait être effacée par aucun moyen ultérieur; car cette assignation irrégulière et nulle ne peut être régularisée ni validée. L'assignation donnée sans autorisation du mari, à la requête de la femme mariée, ou sans autorisation du conseil de famille, à la requête du tuteur, peut bien être régularisée et ratifiée *ex post facto* (*voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps,* t. IV, n°s 351, 352; *supra*, n° 715).

Mais pourquoi?

Parce que ces assignations, une fois régularisées, ont pu être ainsi valablement données, soit par la femme elle-même, soit par le tuteur lui-même.

Mais, au contraire, aucun moyen ne pourra faire que l'assignation donnée à la requête du mineur lui-même soit maintenue comme telle, et qu'elle ait pu être effectivement donnée à sa requête; car elle ne pouvait être donnée qu'à la requête du tuteur (art. 450).

Donc, elle doit demeurer toujours nulle ; donc, aux termes de l'article 2247, elle n'a pas pu interrompre la prescription.

Mais, précisément, on peut répondre que l'article 2247 ne s'applique qu'à l'assignation nulle *pour défaut de forme*, et qu'il est étranger à la nullité provenant de l'incapacité de la personne qui a fait délivrer l'assignation.

Or, dans ce silence du texte, si nous interrogeons les anciens principes, nous trouvons au contraire que l'assignation donnée même à la requête d'une partie incapable *standi in judicio*, n'était pas moins, à titre d'acte conservatoire, interruptive de prescription.

C'est ainsi que d'Argentré, sur la coutume de Bretagne (art. 459, n° 2), disait :

« In acquirendo et conservando jure suo, multo « magis minor habetur pro majore.... Itaque omnem « actum juris conservatorium potest gerere;... filium- « familias scilicet, *qui alioquin personam non habet « standi in judicio, ad interruptionem usque posse in « judicio procedere.* »

Cette doctrine est plus favorable; et comme nous verrons que, même d'après les nouveaux principes, le mineur peut toujours faire sa condition meilleure, et que les contrats qu'il aurait passés ne sont pas annulables pour cause d'incapacité, mais seulement pour

cause de lésion, on peut en conclure que le Code Napoléon reconnaît en lui une personne juridique, qui n'est pas complétement effacée par la représentation légale de la tutelle, et qui peut encore veiller utilement à la conservation de ses droits (comp. L. 14, Cod. *de Procuratoribus;* L. 3, Cod. *qui legitimam person.;* Merlin, *Rép.*, t. VIII, v° *Mineur*, § 8, et v° *Curateur*, § 1, n° 8; Carré, *Lois de la procéd. civ.*, introd. génér., n° 75, t. I, n° 35; Bioche et Gouget, *Dict. de procéd.*, t. III, v° *Mineur*, § 2, n° 19; Thomine-Desmasures, *de la Procéd. civ.*, t. I, p. 12, 13; Troplong, *des Prescriptions*, t. II, art. 2247, n° 599; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 387, 388).

810. — Nous examinerons plus tard de quelle manière la loi a réglé le sort et les conséquences des actes consentis par le mineur lui-même.

Il est toutefois une de ces conséquences que nous pouvons mentionner immédiatement ici, parce qu'elle est certaine et reconnue dans tous les systèmes.

C'est que « les personnes capables de s'engager, ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté. » (Art. 1125; *voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n°s 338, 339.)

En contractant avec le mineur, ces personnes l'ont, en effet, elles-mêmes reconnu capable de contracter; et elles se sont ainsi rendues non recevables à invoquer son défaut d'expérience et de jugement.

811. — Toutefois, ce système de nullité seulement relative nous paraît supposer que le mineur n'est pas d'un âge assez peu avancé, pour qu'on ne puisse présumer, de sa part, aucun consentement, aucune volonté intelligente.

Il est vrai que le Code Napoléon n'a pas divisé la minorité en plusieurs périodes, et qu'à la différence

du droit romain, il lui applique la même présomption et la même règle pendant toute sa durée sans distinction.

Ce que l'on peut en conclure, c'est qu'il suffira que la volonté et la raison aient seulement déjà jeté leurs premières clartés, pour que l'acte consenti par le mineur en bas âge soit maintenu, si d'ailleurs cet acte est raisonnable et conforme à son véritable intérêt.

Mais la dignité même de la loi ne permet pas de supposer la validité d'un contrat passé par un enfant sans volonté et sans intelligence.

M. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs* des dispositions relatives à l'action en nullité ou en rescision des conventions, s'exprimait ainsi :

« Supposera-t-on qu'une personne ayant la capacité de s'obliger, contracte avec un enfant qui n'ait pas encore l'usage de la raison ?... On n'a point à prévoir, dans la loi, ce qui est contre l'ordre naturel et presque sans exemple. » (Fenet, t. XIII, p. 226.)

SECTION IV.

QUEL EST, EN GÉNÉRAL, L'EFFET DES ACTES PASSÉS SOIT PAR LE TUTEUR, SOIT PAR LE MINEUR?

SOMMAIRE.

812. — Position de la question.
813. — Il faut distinguer deux sortes d'actes : les uns, annulables pour cause d'incapacité ou pour vice de forme, indépendamment de toute lésion ; les autres, annulables ou rescindables seulement pour cause de lésion.
814. — Suite. — De la distinction entre les actions en nullité et les actions en rescision.
815. — A. Du droit romain sur ce sujet.
816. — B. De notre ancien droit français.
817. — Sous l'empire du Code Napoléon, deux systèmes principaux sont en présence. — Premier système : les actes passés par le mineur sont annulables, indépendamment de toute lésion, pour cause d'incapacité ou pour vice de forme. — Les actes passés par le tuteur

812. — Cette thèse appartient, dans la distribution des matières du Code Napoléon, au titre *des Obligations conventionnelles*; et le siége en est principalement dans les articles 1124, 1125, 1304, 1305 et suivants.

Je crois pourtant devoir l'aborder ici, du moins dans ses éléments essentiels, parce qu'elle me paraît être le complément naturel, ou plutôt même nécessaire des principes que je viens d'exposer.

Après avoir examiné quels sont les actes qui peuvent être faits soit par le tuteur, soit par le mineur, n'est-il pas rationnel de rechercher quel est l'effet général de ces actes?

Cette thèse comprend, comme on le voit, deux questions :

1° Quel est l'effet des actes passés par le tuteur?

2° Quel est l'effet des actes passés par le mineur?

Ces deux questions se tiennent et ne doivent pas être séparées; car nous allons reconnaître que, dans presque tous les systèmes qui s'agitent ici, deux solutions en quelque sorte corrélatives sont généralement acceptées.

Toute la difficulté consiste à savoir de quelle manière elles doivent être distributivement appliquées à chacune de nos deux questions; l'une réagit, en effet, sur l'autre; et suivant qu'on applique l'une de ces solutions à la première ou à la seconde question, l'autre vient en quelque sorte d'elle-même s'adapter à la question qui reste à résoudre.

813. — Une proposition est certaine, savoir: qu'il faut distinguer deux sortes d'actes :

Les uns, qui sont annulables pour cause d'incapacité ou pour vice de forme, indépendamment de toute lésion;

Les autres, qui sont annulables seulement pour cause de lésion.

Et voilà pourquoi les deux solutions à donner ici sont corrélatives, ou plutôt pourquoi il n'y a qu'une solution unique et complexe.

Car, si vous appliquez aux actes du mineur la rescision pour cause de lésion, vous ne l'appliquerez pas aux actes du tuteur;

Et réciproquement, le système qui déclarera rescindables pour cause de lésion les actes passés par le tuteur, n'aura plus qu'à annuler pour cause d'incapacité les actes passés par le mineur [1].

814. — Cette distinction entre les actes annulables pour cause d'incapacité, et les actes annulables seulement pour cause de lésion, est fort ancienne; et elle a toujours dominé ce sujet tout entier.

Il me paraîtrait plus facile de l'expliquer historiquement par son origine et par la tradition, que de la justifier rationnellement, philosophiquement.

1. Nous verrons néanmoins que Demante a proposé d'appliquer également l'action en rescision et aux actes passés par le tuteur, et aux actes passés par le mineur, à ceux du moins pour lesquels la loi n'a pas établi des formes spéciales (*Programme*, t. II, nº 782, note 1).

Mais cette théorie ne nous paraît pas pouvoir être admise.

C'est à Rome qu'elle a pris naissance, dans l'antagonisme de ces deux législations distinctes, le droit civil et le droit prétorien, dont l'un avait le plus souvent pour mission de déclarer nul ce que l'autre déclarait valable.

Et il est arrivé que l'influence de ce phénomène législatif, unique dans l'histoire des peuples, et qui ne pouvait s'expliquer que par les mœurs et la constitution primitive de Rome, s'est ainsi perpétuée à travers les siècles, et n'a pas cessé d'être dans notre jurisprudence française, une source d'obscurités et d'embarras.

C'est de là, par exemple, que nous est venue cette autre distinction entre les *actions en nullité* et les *actions en rescision*, qui ne consistait plus guère, sous notre ancien droit, que dans des différences relatives à la manière de procéder (ordonnance de 1539, art. 134), et qui, abrogée déjà même en ce point par la loi du 7 septembre 1790 (art. 20, 21), ne représente plus aujourd'hui (comme j'espère le démontrer plus tard) dans les termes où elle est formulée, qu'une vaine question de mots, pour le perpétuel tourment de ceux qui persistent à y chercher encore une différence dans les choses (comp. art. 1117, 1304, 1338, etc. C. Napol.).

815. — Pour apprécier l'état actuel de la doctrine sur cette grande et importante question de l'effet des actes passés, soit par le tuteur, soit par le mineur, il sera utile d'esquisser d'abord rapidement les dispositions du droit romain et de notre ancien droit français.

A. Le droit romain, comme nous l'avons déjà rappelé, distinguait le pupille du mineur (*supra*, n° 32).

D'après le droit civil, *jus ipsum*, les actes passés par le pupille *sine tutore auctore*, étaient nuls.

Les actes passés par le mineur étaient valables.

La nullité des actes passés par le pupille seul, absolue, s'il était encore *infans* ou même *infantiæ proximus* (Inst., ¿ 10, *de inutil. Stipul.*), relative seulement, s'il avait dépassé cet âge, de sept ans, à ce que l'on croit généralement (Inst., princ. *de Auct. tut.*) cette nullité dérivait toujours de son incapacité juridique, indépendamment de toute lésion.

Les actes passés par les mineurs étaient au contraire valables d'après le droit civil, comme émanant de personnes juridiquement capables[1].

Ce fut le droit prétorien qui établit la *restitutio in integrum* pour cause de lésion (comp. ff. *De in integrum restitutionibus et de minoribus* XXV *annis*); et il l'établit contre des actes juridiquement valables d'après le droit civil.

Nous constatons nous-même cette origine de l'action en rescision, qui fournit un argument aux adversaires de la doctrine que nous allons bientôt embrasser; nous reconnaissons que l'action en rescision supposait dans son principe un acte régulièrement fait, un acte valable d'après le droit civil.

Et comme le préteur respectait scrupuleusement l'antique et traditionnelle autorité du vieux droit, comme il s'efforçait toujours, par toutes sortes de fictions, de paraître le conserver alors même qu'il le changeait, il restituait le mineur, non pas comme mineur (car le droit civil le déclarait capable), mais seulement comme lésé.

Et de là cette maxime célèbre : *minor restuitur non*

1. Cette capacité si prématurée eût été bien plus funeste encore pour les femmes qui étaient pubères à douze ans que pour les hommes qui ne l'étaient qu'à quatorze ans. Mais précisément le danger n'existait pas en ce qui les concerne, parce que, dans le droit primitif, la tutelle des femmes était perpétuelle (Ulpien, *Regul. II*, 1).

tanquam minor, sed tanquam læsus, maxime que l'on détourne, il faut bien l'avouer, de son véritable sens, lorsqu'on l'applique, chez nous, aux actes passés par les mineurs, qui ne sont certainement pas *capables*, d'après notre Code (art. 1124), comme ils l'étaient d'après le droit civil romain (*supra*, n° 32).

Nous devons ajouter encore que la législation romaine avait été plus loin, et que sa sollicitude exagérée pour les intérêts du mineur avait fini par dépasser toutes les bornes.

Non-seulement, en effet, elle déclarait nuls, indépendamment de toute lésion : 1° les actes passés par les mineurs, sans l'assistance de leur curateur, lorsqu'ils s'en trouvaient pourvus (L. 3, Cod. *De in integrum restitut. minorum*); 2° certains actes importants, tels que l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles du mineur, lorsqu'ils avaient été passés sans l'observation des formalités spéciales, telles que le décret du magistrat, etc., auxquelles ils avaient été soumis (L. 11, princip. Cod. *de Prædiis et al. reb. min.*); et, sous ce double rapport, elle n'était, sans doute, que logique et prudente ;

Mais elle admettait la restitution en entier pour cause de lésion contre ces actes mêmes, alors qu'ils avaient été passés par le mineur avec l'assistance de son curateur, autorisé à cet effet par le décret du magistrat et avec l'accomplissement de toutes les formalités requises! (Comp. L. 49, ff. *De min.* XXV *annis;* L. 2, Cod. *Si adv. vendit;* L. 1 et 2, Cod. *de Prædiis et aliis reb. min.*)

816. — B. Notre ancienne jurisprudence française avait, nous devons l'avouer encore, recueilli et conservé ces traditions.

Sans avoir jamais bien nettement organisé le mécanisme de la tutelle, et en laissant toujours dans une

sorte de vague, le point de savoir si le tuteur pouvait ou devait agir seul, au nom du mineur, ou si le mineur lui-même pouvait ou devait agir avec l'assistance et *l'autorisation* de son tuteur (*voy.* Domat, *Lois civiles,* l. 1, *des Tuteurs*, tit. II, sect. II, n° 8), notre ancien droit semblait accorder, dans tous les cas, au mineur l'action en rescision pour cause de lésion : soit contre l'acte consenti par lui personnellement avec ou sans son tuteur ; soit contre les actes consentis par le tuteur, lors même qu'il avait scrupuleusement observé toutes les formalités prescrites par la loi, pour l'espèce d'acte par lui passé (Pothier, *de la Procédure civile*, part. V, chap. IV, art. 11, § 1).

Il résulterait toutefois de plusieurs passages de Meslé que les actes passés par le mineur *sans l'autorité du tuteur*, auraient été nuls, sans qu'il fût nécessaire de recourir à la restitution en entier ; « secours extraordinaire, dit-il, auquel on ne doit recourir que quand le contrat est valable.... » (Part. II, chap. XIV, n° 6.)

Quoi qu'il en soit, il est certain que la restitution en entier pour cause de lésion était accordée au mineur contre les actes valablement passés par le tuteur.

« Encore que le mineur ait été autorisé de son tuteur, dans l'acte dont il demande d'être relevé, la restitution ne laissera pas d'avoir son effet, quand le tuteur serait même le père du mineur chargé de ses biens. Et quoique ce fût un acte fait en justice, le mineur pourra être relevé, s'il y a lieu. » (Domat, *Lois civiles,* livre IV, *des Rescisions*, tit. VI, sect. II, n° 19.)

Tel était l'ancien droit.

Mais ajoutons que, dès cette époque, les plaintes les plus vives, les plus énergiques réclamations s'élevaient contre ce régime de protection à outrance !

Chacun sait ce mot de Henrys : « Vainement on aura observé les formalités, avis de parents, rapports d'ex-

perts, décrets du magistrat; tout cela n'empêche pas que le mineur puisse rentrer dans son bien, s'il trouve quelque lésion; *il n'y a pas d'assurance plus grande que d'acheter l'immeuble du mineur plus qu'il ne vaut.* » (T. II, p. 257.)

Ajoutons surtout cette observation importante que déjà, dès cette époque et sous ce régime, la puissance de l'opinion et des mœurs avait introduit dans l'usage et dans la jurisprudence, une exception relativement aux actes d'administration :

« Les mineurs, disait Pothier, ne sont pas restitués pour cause de lésion contre les actes qu'ils ont faits depuis leur émancipation, ou contre ceux que leurs tuteurs ont faits avant leur émancipation, lorsque ce sont des actes de pure administration nécessaire : par exemple, contre des baux faits de leurs héritages pour le temps qu'on a coutume de faire des baux; contre la vente ou l'achat de choses mobilières, etc.; la raison est tirée de l'intérêt même des mineurs, parce qu'autrement ils ne trouveraient que difficilement des personnes qui voulussent contracter avec eux, dans la crainte qu'auraient ces personnes d'avoir des procès sous prétexte de lésion; ce qui leur causerait un plus grand préjudice que ne leur serait avantageux le bénéfice de la restitution, s'il leur était accordé contre de pareils actes. » (*De la Procéd. civile*, part. V, chap. VI, art. 11, § 1.)

817. — Abordons maintenant le Code Napoléon.

Ses différents articles sur ce sujet ne sont pas, hélas! à beaucoup près, d'une correction et d'une clarté irréprochables.

Les jurisconsultes se sont depuis longtemps partagés en deux camps, qui représentent deux grands systèmes.

Il s'est toutefois formé, dans chacun d'eux, une

sorte de scission ou de *tiers parti*, sur lesquels nous aurons aussi à nous expliquer.

Le premier système enseigne :

A l'égard des actes passés par le mineur, qu'ils sont annulables, indépendamment de toute lésion, pour cause d'incapacité ou pour vice de formes;

A l'égard des actes passés par le tuteur, qu'ils sont, soit annulables pour vice de formes, soit annulables ou rescindables pour cause de lésion, lorsqu'ils sont valables en la forme.

Pour établir d'abord la première partie de cette proposition, voici comment on raisonne :

1° Aux termes de l'article 1108, la capacité forme l'une des quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention;

Or, aux termes de l'article 1124, les mineurs sont incapables de contracter;

Donc, ils peuvent demander l'annulation de leur contrat pour cause d'incapacité.

Objectera-t-on le premier alinéa de l'article 1125, qui porte que : « Le mineur, l'interdit et la femme ma-« riée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, « leurs engagements, que dans les cas prévus par la « loi. »

Et dira-t-on que ces cas sont précisément ceux dans lesquels le mineur a été lésé? (Art. 1305.)

Mais l'article 1125, ainsi entendu, contredirait formellement le principe posé par l'article 1124.

Car enfin, ou le mineur est incapable, ou il ne l'est pas; s'il est incapable, comme le déclare l'article 1124, si son état est l'incapacité, on ne comprendrait pas que la loi, après l'avoir déclaré généralement incapable, ajoutât qu'il ne pourrait se prévaloir de cette incapacité que dans certains cas spéciaux; car cette seconde disposition serait en contradiction avec la première.

En quel sens donc faut-il entendre cet alinéa de l'article 1125?

En ce sens seulement, que le mineur, pour se prévaloir de son incapacité, devra se conformer aux conditions de durée et autres, auxquelles est soumis l'exercice de son action en nullité.

Dans les cas prévus par la loi, c'est-à-dire dans le délai de dix ans (art. 1304), et avant toute ratification (art. 1338; *voy.* notre t. IV, n° 339).

2° L'article 1124, et aussi (notez-le bien) l'article 1125, placent sur la même ligne le mineur et l'interdit;

Or, il est certain que les engagements contractés par l'interdit sont annulables pour cause d'incapacité, indépendamment de toute lésion (art. 489, 502);

Donc, il en doit être de même des engagements contractés par le mineur.

La cause de l'incapacité n'est pas, il est vrai, dans les deux cas, identique; et l'on pourrait dire que le mineur de vingt et un ans, arrivé à un certain âge, est doué d'une capacité naturelle, qui manque, au contraire, à l'interdit.

Mais, d'abord, l'interdit lui-même pourrait avoir des intervalles lucides et faire des contrats avantageux; et, néanmoins, le Code Napoléon n'en tient pas compte.

Et puis ensuite, à quel âge le mineur, aujourd'hui, cesserait-il d'être incapable? Le Code Napoléon ne l'a pas dit; il n'a pas, comme le droit romain, partagé la minorité en plusieurs périodes; il l'a, au contraire, placée tout entière, et pendant toute sa durée, sous une présomption légale d'inexpérience naturelle et par suite d'incapacité civile pareille précisément à celle qui frappe l'interdit pendant toute la durée de son interdiction.

Aussi l'article 509 consacre-t-il positivement cette assimilation entre le mineur et l'interdit :

« L'interdit est assimilé au mineur pour sa personne « et pour ses biens; les lois sur la tutelle des mineurs « s'appliqueront à la tutelle des interdits. » (*Voy.* aussi art. 2012.)

3° Les articles 1124 et 1125, ainsi entendus, sont en effet, parfaitement d'accord avec les *lois sur la tutelle*, avec l'organisation de la tutelle sous notre Code.

Aux termes de l'article 450, le mineur, tout comme l'interdit, est représenté par son tuteur, dans tous les actes civils; c'est-à-dire que c'est le tuteur seul qui est en scène, et que tout l'ancien système de l'*autorisation* tutélaire est aujourd'hui abrogé; c'est-à-dire, en un mot, que la forme même, la forme essentielle d'un acte concernant un mineur, d'un acte à faire pour un mineur, c'est d'être fait par le ministère de son tuteur;

Or, l'article 1311 distingue les actes *nuls en la forme* des actes seulement *sujets à restitution* par cause de lésion; et il est évident que les actes nuls en la forme sont en effet annulables pour vice de formes, indépendamment de toute lésion;

Donc, les actes passés par le mineur lui-même sont annulables pour vice de forme indépendamment de toute lésion; car ils sont tout à fait nuls en la forme, et cette nullité de forme se confond ici très-logiquement avec l'incapacité personnelle du mineur.

L'opinion contraire convient que si le mineur a fait, sans formalités, un acte que le tuteur lui-même n'aurait pu faire qu'avec l'emploi de certaines formalités, cette opinion convient que l'acte sera *nul en la forme*.

Mais cette concession ne fournit-elle pas contre elle un argument décisif?

Est-ce que le mineur, qui s'ingère lui-même dans l'administration de ses biens, ne commet pas toujours une flagrante nullité de forme?

Est-ce que son immixtion n'est point, par elle-même et par elle seule, la violation de la forme essentielle et fondamentale de la tutelle et le renversement de toute l'organisation légale?

Les formalités, que la loi exige pour certains actes, ne sont que des accessoires de cette grande et principale et unique *forme* de la tutelle : la représentation du mineur par le tuteur; aussi ces formalités ne concernent-elles que le tuteur lui-même et lui seul, dont elles ont uniquement pour but de régler les pouvoirs.

Eh bien! on reconnaît que la violation par le mineur de certaines formalités accessoires, qui ne sont pas faites pour lui, et qu'il ne pourrait pas en effet remplir, on reconnaît que cette violation rend son acte nul pour vice de forme.

Reconnaissez donc bien plutôt tout de suite que la nullité de forme procède toujours ici, non pas de la violation de certaines formalités accessoires, qui ne concernent pas le mineur, mais de la violation de la principale et essentielle formalité, qui constitue le gouvernement légal de la tutelle.

Autrement vous mettez dans ce gouvernement un principe d'anarchie; en accordant tout à la fois au tuteur et au mineur le pouvoir de faire chacun, de son côté et en même temps, les mêmes actes sur les mêmes biens, vous créez une situation pleine de dangers et qui ferait naître autour du mineur toutes sortes de piéges et d'intrigues.

4° Les articles 484 et 485 prouvent encore de plus en plus que le Code Napoléon n'a pas consacré une telle doctrine; car ces articles seraient inexplicables,

si le mineur non émancipé pouvait contracter valablement, sous la seule chance de rescision pour cause de lésion.

Il en résulterait, en effet, ces deux conséquences impossibles : 1° que le mineur émancipé serait plus surveillé, plus protégé que le mineur en tutelle; 2° que le retrait de l'émancipation, qui peut être prononcé contre le mineur émancipé, lorsqu'il ne s'est pas montré digne de l'émancipation, ne serait d'aucune efficacité, puisque le mineur pourrait encore, même après être rentré en tutelle, contracter comme pendant son émancipation.

Voilà, par exemple, un mineur non émancipé, qui achète, à crédit, toutes sortes d'objets de luxe, des chevaux, des voitures, etc., qui loue un appartement somptueux. Supposez que ces engagements ont été contractés à des prix justes et convenables, mais qu'ils n'en sont pas moins, relativement à lui et à sa position personnelle, extravagants et immodérés. Eh bien! le système qui n'accorde au mineur non émancipé, que la rescision pour cause de lésion, n'aurait ici aucun moyen de lui subvenir.

La rescision pour lésion?

Elle lui manque; car les engagements, en eux-mêmes, ne sont pas lésionnaires.

La réduction pour cause d'excès?

Ce n'est qu'au mineur émancipé que l'article 484 l'accorde; et le mineur en tutelle ne pourrait pas l'invoquer.

Mais il est clair que si le législateur n'accorde pas au mineur en tutelle le bénéfice de cette action en réduction, c'est qu'il ne lui est pas nécessaire. Et pourquoi ne lui est-il pas nécessaire? c'est qu'à la différence des engagements contractés par le mineur émancipé, qui sont valables, les engagements con-

tractés par le mineur en tutelle sont nuls pour cause d'incapacité.

Le contraste qui règne entre les deux alinéas de l'article 484, en fournit une nouvelle preuve. Le premier alinéa de cet article assimile le mineur émancipé au mineur en tutelle, pour certains actes; et dès lors il est certain que le second alinéa, en reconnaissant au mineur émancipé seulement la faculté de faire certains autres actes, suppose virtuellement que cette faculté n'appartient pas au mineur en tutelle.

Et il faut bien vraiment qu'il en soit ainsi! il faut bien qu'il y ait une différence entre ces deux situations, que la loi a si nettement distinguées.

818. — Cette démonstration, en établissant que les actes passés par le mineur en tutelle, sont annulables pour cause d'incapacité, a par avance établi en même temps que les actes valablement passés par le tuteur, sont annulables ou rescindables pour cause de lésion.

Le Code Napoléon en effet admet au profit des mineurs l'action en rescision pour cause de lésion; et dès que cette action ne s'applique pas aux actes des mineurs, il est clair qu'elle ne peut s'appliquer qu'aux actes des tuteurs, à leurs actes régulièrement faits; car si l'acte du tuteur n'était pas fait suivant les conditions et formalités prescrites par les lois sur la tutelle, il serait annulable pour vice de forme et indépendamment de toute lésion.

La preuve spéciale de cette seconde proposition résulte d'ailleurs aussi: soit du caractère traditionnel de l'action en rescision pour cause de lésion: soit des textes de nos lois nouvelles; soit enfin des plus puissantes considérations puisées dans l'intérêt des mineurs.

On se rappelle l'ancien droit (*supra*, nos 815, 816); on sait que la rescision pour cause de lésion n'a été

introduite que contre des engagements d'ailleurs valables, et que d'après les lois romaines et notre ancienne jurisprudence, elle était en effet accordée au mineur contre les actes valablement faits par son tuteur, fût-ce même avec l'autorisation de justice et l'accomplissement de toutes les formalités judiciaires.

Or, c'est déjà une très-grave présomption que cette doctrine est encore aujourd'hui la nôtre; car le Code Napoléon n'a que rarement créé une législation toute nouvelle; presque nulle part il n'a complétement rompu avec le passé; il a pu composer avec lui, le corriger, l'améliorer; mais il a en général conservé les bases essentielles.

Et voilà bien ce qui résulte de tous les textes.

L'article 1305 est ainsi conçu :

« La simple lésion donne lieu à la rescision en fa-
« veur du mineur non émancipé contre toutes sortes
« de conventions; et en faveur du mineur émancipé,
« contre toutes conventions qui excèdent les bornes
« de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre
« *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation.* »

On a pretendu, il est vrai, établir, à l'aide des articles qui le précèdent et qui le suivent, que cet article 1305 s'appliquait aux actes passés par le mineur personnellement; mais beaucoup de réponses se présentent :

1° L'article 1305 lui-même ne renferme rien dont on puisse tirer une telle induction; au contraire, sa disposition finale, relative au mineur émancipé, prouve qu'il parle des actes valablement faits ; car en ce qui concerne le mineur émancipé, il s'applique *aux conventions qui excèdent les bornes de sa capacité*, c'est-à-dire aux *conventions pour lesquelles il n'est pas réputé majeur*, et qu'il a dû faire dès lors avec l'assistance de son curateur.

2° Les articles qui composent cette section (de l'action en nullité ou en rescision des conventions) se rapportent à une série d'hypothèses différentes les unes des autres. Tantôt la loi s'occupe en effet du mineur agissant seul ou commettant un délit (art. 1304, 1307, 1308, 1310) ; tantôt elle le suppose assisté de ceux à la protection desquels elle le confie (art. 1304, 1309, 1311, 1314). C'est donc méconnaître la pensée générale du législateur et rétrécir son plan, que de prétendre ramener ces dispositions diverses au cas spécial du mineur agissant seul.

3° Voulût-on persister à soutenir que ces mots de l'article 1304 : *actes faits par les mineurs*, doivent être aussi sous-entendus dans l'article 1305, il n'en résulterait pas qu'ils dussent s'entendre des actes faits par le mineur lui seul, en dehors de toute assistance ; et on devrait, au contraire, supposer toujours que le législateur a en vue soit le cas où le mineur agit avec l'autorisation de son tuteur, soit même le cas où le tuteur agit seul sans le concours du mineur.

On devrait le supposer ainsi :

D'abord, parce que l'article 1305 s'occupant de la lésion, on doit croire, en effet, qu'il s'occupe d'un acte valable en la forme ;

Ensuite, parce que s'il est vrai que, régulièrement, c'est le tuteur qui représente le mineur, rien ne s'oppose néanmoins à ce que le mineur agisse avec l'assistance de son tuteur ; le Code Napoléon lui-même aura pu d'autant mieux faire allusion à cette hypothèse, que telle était généralement l'ancienne pratique, laquelle s'est même encore maintenue dans les pays de droit écrit ;

Enfin, parce que le législateur, lors même qu'il aurait parlé, dans l'article 1305, des actes faits par le tuteur seul, sans le concours du mineur, aurait bien pu

les désigner sous la dénomination d'*actes faits par les mineurs;* car le tuteur, c'est le mineur : *factum tutoris, factum pupilli;* c'est ainsi que nos anciens auteurs disaient que *les mineurs contractent par le ministère de leur tuteur* (Pothier, *des Obligat.*, n° 49).

Est-ce que, d'ailleurs, l'article 2252 qui suspend en faveur des mineurs, le cours de la prescription, ne renferme pas une application textuelle de cette doctrine. Notez que cet article suspend la prescription même à l'égard des mineurs qui sont pourvus de tuteurs, et qu'il n'est pas, en conséquence, fondé sur l'impossibilité d'agir. C'est donc, en réalité, une espèce de restitution par laquelle il relève le mineur contre la négligence et par conséquent contre le fait de son tuteur. Et l'article 481 du Code de procédure, que fait-il aussi autre chose que d'accorder une action en rescision aux mineurs contre le fait de leur tuteur, agissant dans les limites de son mandat, lorsqu'il leur ouvre la requête civile s'ils n'ont pas été défendus, *ou s'ils ne l'ont pas été valablement;* et une action en rescision contre l'acte qui est, en général, le plus stable et le plus irréformable entre tous les autres, contre l'autorité même de la chose irrévocablement jugée!

Et enfin, ces différents articles, qui déclarent que dans certains cas, pour certains actes déterminés, le mineur ne sera pas restituable pour cause de lésion, ne supposent-ils pas eux-mêmes, nécessairement une règle générale contraire? (Comp. art. 457, 463, 466, 1309, 1314, 2052.) A quoi bon dire, à propos de tel ou tel acte, que le mineur sera considéré comme majeur, si le mineur était considéré comme majeur dans tous les actes valablement faits qui le concernent?

C'est qu'en effet il n'en est pas ainsi.

Le Code Napoléon a tenu compte des plaintes qui

s'élevaient autrefois sur l'instabilité de certains actes importants dans lesquels des mineurs étaient intéressés, des ventes d'immeubles, des partages, etc.

Il a voulu faire droit à ces plaintes ; et, pour cela, pour concilier les intérêts des tiers et de la société en général avec les intérêts des mineurs, il a entouré ces actes de formalités nombreuses et de mesures géminées de protection, qui en éloignant presque toute possibilité de lésion, lui ont permis de décider qu'ils ne seraient pas rescindables pour cette cause.

Mais ce sont là des cas exceptionnels, et d'après les textes eux-mêmes, et d'après les motifs de ces textes.

Donc, pour tous les autres actes qu'aucun article n'affranchit de l'action en rescision pour cause de lésion, parce qu'en effet aucune mesure particulière n'a été prise d'avance afin de garantir le mineur de la lésion, pour tous ces actes qui ne sont soumis à aucune forme spéciale de garantie, l'action en rescision est admise.

Ainsi l'exigeait enfin l'intérêt du mineur.

Si la lésion n'est pas, en principe, une cause de restitution pour les majeurs (art. 1117), c'est qu'ils sont capables eux-mêmes de se défendre, et que nulle garantie ne remplace cette clairvoyance et cette attention, qu'inspire à chacun le sentiment de son intérêt personnel.

Le mineur, au contraire, est représenté, lui ! par un tiers, par un étranger, par un indifférent, qui ne gère, le plus souvent, que malgré lui et à son corps défendant, la tutelle; et ses intérêts sont exposés à tous les dangers qui peuvent naître de la légèreté ou de la précipitation, que nous apportons trop souvent aux affaires d'autrui.

Dangers considérables, si le tuteur, en effet, pou-

vait engager le mineur, d'une manière irréparable, par des baux consentis à de mauvaises conditions, par des acquisitions onéreuses qui absorberaient ses capitaux, ou par tout autre de ces contrats innommés, si nombreux et si divers, que la loi ne pouvait pas prévoir.

Tel est le premier système, qui compte des partisans assurément très-convaincus; car Demante regarde comme *évidente* la proposition, d'après laquelle les actes passés par le tuteur dans la forme légale, sont sujets à restitution pour cause de lésion (*Programme*, t. II, n° 782, 3e édition);

Et M. Troplong ajoute que plus il y réfléchit, plus il croit qu'on ne peut soulever contre elle que des objections *cérébrines!* (*De la Vente*, t. I, art. 1594, n° 166; comp. aussi Toullier, t. VI, n° 105 et suiv., et t. VII, nos 575 et suiv.; Magnin, t. II, n° 1137; *Thémis*, t. III, p. 548.)

819. — Demante, toutefois, a proposé d'introduire, dans ce premier système, un amendement qui consisterait à dire que les actes passés par le mineur, les actes du moins que la loi n'a pas assujettis à des formes spéciales, ne pourraient être, comme ceux passés par le tuteur, annulés que pour cause de lésion; de telle sorte que les mêmes principes s'appliqueraient, sous ce rapport, aux uns et aux autres (*Programme*, loc. supra cit.; *supra*, n° 813, note 1).

Cette doctrine, dont l'honorable auteur avoue lui-même la *bizarrerie*, n'a point rallié les opinions; et nous la réfuterons tout à l'heure, en établissant que les actes valablement faits par le tuteur ne sont pas rescindables pour cause de lésion.

820. — Cette dernière thèse est celle du second système que j'ai annoncé, et auquel j'arrive.

J'espère démontrer qu'il est le plus conforme aux

textes du Code Napoléon, aussi bien qu'à la raison, et aux véritables intérêts des mineurs et de la société.

Sa base fondamentale repose dans la distinction que fait l'article 1311 entre les actes valables et les actes nuls en la forme; distinction commune aux actes passés par le mineur et aux actes passés par le tuteur.

A. L'acte est-il valable en la forme?

S'il émane du mineur, il n'est rescindable que pour cause de lésion.

S'il émane du tuteur, il n'est pas du tout rescindable.

B. L'acte est-il nul en la forme?

S'il émane du tuteur, il est certainement nul, de l'aveu de tous, pour vice de forme.

S'il émane du mineur, la solution est moins incontestée; et nous verrons que les uns ne le déclarent encore rescindable que pour cause de lésion, tandis que les autres le déclarent nul aussi pour vice de forme et pour cause d'incapacité.

Reprenons les deux branches de cette distinction.

821. — A. Nous appelons valable en la forme l'acte passé sans aucune formalité, lorsqu'il n'a été soumis en effet à aucune formalité spéciale dans l'intérêt du mineur (ou encore l'acte qui aurait été soumis à des formalités spéciales, s'il a été passé par le tuteur ou par le mineur émancipé, avec l'accomplissement de ces formalités).

M. Duranton (t. III, n° 574, et t. X, n° 285) enseigne que l'article 1311 ne se réfère qu'aux nullités de forme dont pourrait être affecté l'acte destiné à faire la preuve de la convention; comme la nullité, par exemple, résultant, dans un acte notarié, de l'inobservation de certaines conditions prescrites par la loi du 25 ventôse an XI, ou résultant dans un acte sous seing privé, de l'inobservation des articles 1325 et

1326. Mais nous ne saurions admettre que l'article 1311, entouré, comme il l'est, d'articles exclusivement relatifs à l'incapacité du mineur, se réfère à des nullités qui ne dériveraient pas, en effet, de cette incapacité. Cette explication du savant auteur nous paraîtrait même compromettante pour notre doctrine, dont il est d'ailleurs lui-même l'un des plus éminents défenseurs.

Eh bien ! donc, nous disons d'abord que les actes valables en la forme, passés par le mineur lui-même et lui seul, c'est-à-dire les actes qui n'étaient soumis à aucune formalité spéciale, un bail, par exemple, ou une acquisition de meubles ou même d'immeubles, ne sont rescindables que pour cause de lésion.

Le système contraire, qui déclare ces actes annulables pour cause d'incapacité, se fonde particulièrement sur les articles 1108 et 1124.

Mais ces dispositions ne doivent pas être isolées des autres articles qui, dans le Code Napoléon, ont achevé de compléter et d'organiser ce sujet. L'article 1125 lui-même annonçait déjà que le mineur ne pourrait invoquer son incapacité que dans les cas prévus par la loi ; et l'article 1305 est venu décider ensuite qu'il ne pourrait l'invoquer que dans le cas où il aurait éprouvé une lésion.

Cet article 1305 nous paraît péremptoire et tranchant.

Il n'y avait qu'un seul moyen de l'écarter, c'était de dire qu'il ne s'applique pas aux actes passés par le mineur lui-même personnellement.

Car, encore une fois, s'il s'applique aux actes du mineur, il n'y a plus de question.

Mais, en vérité, comment prétendre que l'article 1305 ne s'applique pas aux actes passés par le mineur lui-même ?

Cela est-il possible ?

Est-ce que tous les articles, qui précèdent et qui suivent l'article 1305, ne se réfèrent pas à cette hypothèse ?

Est-ce que l'article 1305 lui-même ne s'y réfère pas textuellement ?

Est-ce que enfin les travaux préparatoires de ces articles, ne sont pas, à cet égard, décisifs ?

Tous les articles qui entourent l'article 1305 mettent le mineur lui-même et lui seul en scène. L'article 1304 parle des *actes faits par les mineurs* comme il parle des *actes faits par les femmes mariées*, des *actes faits par les interdits*.

Sans doute le législateur n'est pas un *académicien* ni un *puriste;* et c'est précisément pour cela qu'il faut entendre ses expressions dans le sens naturel et simple qu'elles présentent, sans leur prêter, par les plus pénibles efforts d'esprit, des métaphores et des profondeurs de style auxquelles il n'a jamais songé; sans supposer, par exemple, qu'il a parlé des actes faits par le mineur agissant avec l'autorisation de son tuteur, lorsqu'il ne connaît pas même l'autorisation du tuteur, ou qu'il a parlé des *actes faits par le tuteur*, lorsqu'il parle, en toutes lettres, des *actes faits par le mineur*.

Et l'article 1306 !

Et l'article 1307 surtout, dont la disposition serait irréalisable, dans l'hypothèse du mineur agissant avec l'autorisation du tuteur, ou du tuteur agissant lui-même ?

Et les articles 1308, 1309, 1310 ?

Est-ce que tous ces articles ne se réfèrent pas au mineur lui-même, au mineur lui seul ?

L'article 1314 est le seul, qui, dans cette section du Code Napoléon, se réfère à un acte passé par le tuteur.

Mais remarquez : 1° qu'il est séparé des articles précédents, par l'article 1313, lequel parle même des majeurs, et ferme ainsi le sujet traité par les articles précédents ; 2° que cet article 1314 n'existait pas d'abord dans le projet et n'y a été introduit que dans le cours de la discussion, en forme d'amendement ; 3° enfin qu'il serait lui-même susceptible d'application, quant aux aliénations d'immeubles et aux partages faits par les mineurs émancipés.

Et maintenant, comment serait-il possible que l'article 1305, placé entre l'article 1304, d'une part, qui s'applique aux actes *faits par les mineurs*, et les articles 1306, 1312, qui s'appliquent aussi aux mêmes actes, comment serait-il possible que l'article 1305 s'appliquât, lui ! aux actes faits par le mineur autorisé ou par le tuteur.

Aussi n'en est-il absolument rien. L'article 1305 comprend dans la même hypothèse le mineur en tutelle et le mineur émancipé ; or, le mineur émancipé agit lui-même ; donc, l'article suppose le cas où le mineur en tutelle a également agi lui-même.

L'article les suppose donc l'un et l'autre, agissant en dehors de leur capacité ; le mineur en tutelle, agissant lui-même, lorsque régulièrement c'est son tuteur qui doit agir ; le mineur émancipé agissant seul, dans les cas où régulièrement il devrait agir avec l'assistance de son curateur ; et voilà comment la disposition finale déclare que le mineur émancipé est restituable pour cause de lésion *contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité*, c'est-à-dire contre toutes conventions passées par lui seul, et dans lesquelles il aurait dû être assisté de son curateur.

Les travaux préparatoires du Code Napoléon ne laissent d'ailleurs, sur ces différents points, aucun doute.

Écoutez, par exemple, M. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs au Corps législatif, des articles 1304 et suivants :

« Il résulte de l'incapacité du mineur non émancipé, qu'il suffit qu'il éprouve une lésion pour que son action en rescision soit fondée ; s'il n'était pas lésé, il n'aurait pas d'intérêt à se pourvoir ; et la loi lui serait même préjudiciable, si, sous prétexte d'incapacité, un contrat qui lui est avantageux, pouvait être annulé. *Le résultat de son incapacité est de ne pouvoir être lésé*, *et non de ne pouvoir contracter*. « Minor « restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus. » (Fenet, t. XIII, p. 288.)

M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, n'est pas moins explicite :

« Pour ce qui est des femmes mariées non autorisées et des interdits, ils n'auraient besoin que d'invoquer leur incapacité. A l'égard des mineurs, ces explications étaient nécessaires. Il est bien vrai qu'en règle générale, un mineur est déclaré incapable de contracter ; *mais un mineur peut être capable de discernement*, *le lien de l'équité naturelle peut se trouver dans un contrat passé par le mineur*. Voilà pourquoi la loi a dû distinguer. S'il s'agit d'un mineur non émancipé, la simple lésion donne lieu à la rescision en sa faveur. *Il ne sera pas restitué comme mineur*, *il pourra l'être comme lésé*. » (Fenet, t. XIII, p. 371, *voy.* aussi p. 226.)

La démonstration nous paraît complète ; et après cela, les arguments, que la doctrine contraire a déduits des articles 509, 484, 485, ne peuvent plus donner lieu entre les deux systèmes, qu'à des engagements sans importance ; le sort du combat est désormais certain, et la victoire nous est acquise sur le véritable terrain de la lutte, sur notre article 1305.

On veut induire, par exemple, de l'article 509, une complète assimilation entre le mineur et l'interdit, afin d'appliquer ainsi au mineur l'article 502.

Mais l'article 509 lui-même détermine très-clairement le sens et la limite de l'assimilation qu'il annonce : « Les lois *sur la tutelle des mineurs* s'appliquent « à la tutelle des interdits. » C'est-à-dire seulement que l'organisation et la distribution des pouvoirs seront semblables, pour le tuteur, le conseil de famille et le tribunal.

Mais le mineur et l'interdit ne sont pas eux-mêmes, individuellement assimilés l'un à l'autre.

Nous en trouvons la preuve dans l'article 1305, qui ne parle que des actes passés par les mineurs, sans faire aucune mention des interdits. Cette omission est très-significative; et l'article 1305 nous fournit encore ici deux arguments précieux : 1° il résulte de son silence à l'égard des interdits, qu'il s'applique uniquement aux actes passés par les mineurs eux-mêmes et eux seuls ; car s'il s'était référé aux actes passés par le tuteur, il aurait mentionné également les interdits, puisque d'après l'article 509, qui se retourne ainsi contre l'opinion que je combats, *les lois sur la tutelle des mineurs* s'appliquent à la tutelle des interdits. L'article 1312, lui! comprend également les mineurs et les interdits; et ce contraste est de plus en plus probant, parce que l'article 1312 renferme effectivement, à la différence de l'article 1305, une disposition commune aux uns et aux autres; 2° il résulte de l'article 1305 que l'argument que l'on a déduit de l'article 509 est très-inexact et que le mineur n'est pas du tout, sous ce rapport, assimilé à l'interdit.

Quant à l'argument déduit des articles 484 et 485, il n'est pas d'une réfutation plus difficile.

On suppose qu'un mineur en tutelle a acheté des

meubles de luxe, loué un appartement somptueux, etc., tout cela, à des prix qui, en soi, n'ont rien d'exagéré, mais que cette conduite pourtant est une folie de la part de ce mineur, auquel sa position et ses ressources ne permettent nullement de mettre sa maison sur ce train !

Puis on s'écrie que notre système laisse ici le mineur sans protection ; et on prétend que d'après nous, ces engagements devront être maintenus ; ils ne sont, en effet, dit-on, ni *rescindables* pour cause de lésion, puisqu'il n'y a pas lésion, ni *réductibles*, puisque l'article 485 n'est fait que pour le mineur émancipé.

Mais ceux-là qui ont élevé l'objection, y ont eux-mêmes apporté la réponse.

La réponse, c'est que ces engagements, au contraire, pourront être rescindés pour cause de lésion. La lésion, en effet, dans notre sujet, ne s'apprécie pas uniquement, comme dans le cas de l'article 1674, eu égard à la disproportion de valeur entre ce que le mineur donne et ce qu'il reçoit ; il y a lésion pour le mineur, lorsque l'acte par lui consenti, lui est préjudiciable : « Minorem ex actu præsumi læsum, ex quo « ad eum nulla utilitas redundari potest, sed nonnisi « damnum. » (Brunemann, sur la loi 1, C. *de in integr. restit.*)

Reste enfin l'autre objection, que l'on a puisée dans l'article 485, et qui consiste à dire que cet article, en permettant au mineur émancipé d'acheter, *sous condition seule de rescision* (Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 166, p. 277), suppose nécessairement que le mineur en tutelle n'a pas le même droit ; car autrement le retrait de l'émancipation serait dérisoire.

Mais il nous paraît certain que l'on fait ici une confusion évidente.

Autre chose est l'action *en rescision* pour cause de lésion;

Autre chose, l'action *en réduction*, dont parle l'article 485.

La première n'est accordée qu'au mineur en tutelle contre toutes sortes de conventions, et au mineur émancipé, *mais seulement contre les conventions qui excèdent les bornes de sa capacité* (art. 1305).

Le mineur émancipé n'a donc pas l'action en rescision pour cause de lésion, contre les conventions qui n'excèdent pas les bornes de sa capacité, c'est-à-dire contre celles qu'il peut consentir seul et sans l'assistance de son curateur.

Et si des achats, si des locations avaient été consentis par un mineur émancipé, il n'aurait pas, contre ces actes-là, l'action *en rescision*, comme on le dit; il n'aurait que l'action *en réduction*, qui est beaucoup moins énergique. Car le succès en est subordonné à la bonne foi des tiers, et à d'autres circonstances encore; car enfin cette action *réduit* seulement; elle ne rescinde pas, elle n'annule pas.

Donc, en remettant l'émancipé en tutelle, nous faisons quelque chose d'utile et d'efficace. Nous lui rendons l'action *en rescision*, que l'émancipation lui avait enlevée.

Concluons, en conséquence, que lorsque le mineur lui-même et lui seul, a fait un de ces actes qui ne sont soumis à aucune formalité tutélaire spéciale, il ne peut être restitué que pour cause de lésion.

Chose remarquable! depuis un si grand nombre d'années que cette thèse est agitée dans la doctrine, et y excite les plus vives controverses, elle n'avait pas encore été portée devant la Cour de Cassation.

Mais la Cour suprême a enfin consacré de son imposante autorité la doctrine que nous venons de soutenir

(18 juin 1844, Rovel, Dev., 1844, I, 497; Cass., 8 août 1859, Bertrand, Dev., 1860, I, 460; ajout. Toulouse, 13 février 1830, Lasserre, D., 1831, II, 145; Bastia, 26 mai 1834, Mattagli, D., 1834, II, 213; Rouen, 23 juill. 1858, Boutigny, Dev., 1859, II, 630; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, § 335; Massé et Vergé, t. III, § 582; Larombière, *des Obligations*, t. IV, p. 120, n° 11).

Un arrêt antérieur aurait pu toutefois faire craindre, de la part de la Cour de Cassation, une décision contraire (5 déc. 1838, Robinot, D., 1838, I, 945).

822. — Si les actes, valables en la forme, ont été faits par le tuteur, ils ne sont susceptibles d'aucune espèce d'action en rescision du chef de la minorité; et ils obligent le mineur, comme s'il les avait lui-même consentis en état de majorité.

Cette proposition nous paraît résulter :

1° Des textes mêmes du Code Napoléon, comme aussi des principes sur lesquels ces textes sont fondés, et de l'intention certaine des rédacteurs;

2° Des considérations les plus puissantes dans l'intérêt particulier des mineurs et dans l'intérêt général de l'État :

1° L'article 450 déclare que le tuteur représentera le mineur dans tous les actes civils; c'est-à-dire que le tuteur est institué par la loi elle-même le mandataire du mineur;

Or, l'article 1998, qui ne fait, en cela, que consacrer une règle ancienne et évidente de raison, dispose que : « le mandant est tenu d'exécuter les engagements con-« tractés par le mandataire, conformément au pouvoir « qui lui a été donné; »

Donc, le mineur est tenu d'exécuter les engagements contractés par le tuteur, conformément au mandat qui lui a été donné par la loi; et c'est en ce sens qu'il faut

dire : *factum tutoris, factum pupilli.* Le mineur est réputé avoir lui-même traité avec les tiers, en pleine capacité (comp. à cet égard, Cass., 8 juin 1859, Varcollier, Dev., 1859, I, 567).

Que si le mineur est lésé par un acte de son tuteur, le même article 450 prend le soin de lui réserver son action en dommages-intérêts contre le tuteur, appliquant encore ainsi l'une des règles du mandat, écrite dans l'article 1992 : « Le mandataire répond non-seu-« lement du dol, mais encore des fautes qu'il commet « dans sa gestion. »

Mais la validité de l'acte lui-même n'en est pas moins maintenue à l'égard des tiers (si d'ailleurs, comme nous le supposons, ils n'ont commis aucune fraude de concert avec le tuteur).

Ce principe ressort de plusieurs articles, qui en font l'application formelle aux actes les plus importants, qui soient compris dans le mandat du tuteur (art. 463, 1095, 1309, 1398, 1314).

L'opinion contraire soutient que ces articles forment des exceptions ; et elle en déduit un argument *a contrario* pour établir que l'acte valablement passé par le tuteur est, en règle générale, rescindable pour cause de lésion, dans tous les cas où la loi ne l'en a pas déclaré exempt.

Nous croyons qu'il est impossible de méconnaître plus profondément les intentions du législateur et toutes les règles de l'interprétation juridique.

Deux points, on se le rappelle, étaient certains dans le dernier état du droit qui a précédé le Code Napoléon :

D'une part, l'action en rescision pour cause de lésion n'était plus admise contre les actes d'administration proprement dite, consentis par le tuteur seul et sans formalités.

D'autre part, cette action était admise contre les actes de disposition et d'aliénation consentis par le tuteur, même avec l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par la loi (*supra*, nos 815, 816).

En cet état, que font les rédacteurs du Code Napoléon ?

Ils déclarent que les actes même les plus importants, les aliénations d'immeubles, les partages, etc., contre lesquels l'ancienne jurisprudence admettait la rescision pour cause de lésion, n'en seront plus désormais susceptibles.

Et, parce qu'ils n'ont rien dit des actes ordinaires d'administration, des baux, des acquisitions, etc., on prétend en induire qu'ils ont rétabli, à leur égard, cette action en rescision dont l'ancien droit lui-même avait été forcé de les affranchir, par la puissance de l'opinion et les nécessités de la pratique !

Mais il est clair que s'ils n'en ont rien dit, c'est qu'il n'y avait en effet rien à dire ! c'est que l'entière validité de ces actes, reconnue dans l'ancienne jurisprudence, était également très-certaine d'après les principes généraux du droit, et d'après l'article 450 ; c'est qu'enfin ils n'ont cru devoir s'expliquer sur les autres actes, que précisément à cause des anciens principes, et afin de les abroger entièrement.

Ce n'est donc pas un argument *a contrario*, ce moyen en général si peu sûr, mais un argument *a pari*, ou plutôt même *a fortiori*, qu'il faut déduire des articles précités.

En un mot, qu'a voulu le nouveau législateur ? Il a voulu (c'est M. Jaubert lui-même qui va nous le dire, dans l'*exposé des motifs*) que l'*intérêt des tiers fût garanti*, *lorsque les tiers ont suivi les formes prescrites par la loi ;*

Or, lorsque les tiers ont traité avec le tuteur seul,

dans le cas où le tuteur pouvait agir seul, les tiers ont suivi les formes prescrites par la loi; l'acte est fait comme il devait l'être légalement;

Donc, l'intérêt des tiers *doit être garanti*.

La doctrine, que nous combattons, accuserait d'ailleurs le législateur d'une inconséquence véritablement intolérable!

Comment! il aurait affranchi de l'action en rescision pour cause de lésion, les actes les plus graves, les moins fréquents, ceux pour lesquels il a cru devoir établir des mesures nombreuses de protection;

Et pour des actes d'une importance beaucoup moindre, pour les actes les plus usuels, pour ceux qu'il ne croyait pas même devoir soumettre à des formalités et qu'il laissait au tuteur le pouvoir de faire seul, il les aurait soumis à cette action!

Non! cette doctrine n'est pas admissible.

Qu'importe, après cela, que l'article 481 du Code de procédure ouvre la voie de la requête civile aux mineurs qui n'ont pas été défendus, ou qui ne l'ont pas été valablement?

Le même article ouvre aussi la même voie à l'État, aux communes et aux établissements publics;

Or, on n'en conclut pas que l'État, les communes et les établissements publics, puissent demander la rescision pour cause de lésion, des actes régulièrement passés, en leur nom, par les administrateurs qui les représentent;

Donc, cette conclusion n'est pas renfermée non plus à l'égard des mineurs, dans l'article 481.

C'est donc là une disposition spéciale.

Quel en est le motif?

Je ne voudrais pas dire, avec M. Duranton (t. X, n° 280) et M. Pont (*Revue de législ.*, t. XXI, p. 230) que l'article 481 est fondé sur cette idée que *lorsque le mi-*

neur n'est pas défendu ou ne l'est pas valablement, il n'est pas réellement représenté. Je craindrais que cette explication ne fût un peu compromettante; ne pourrait-on pas en effet l'appliquer à tous les actes, dans lesquels le tuteur n'aurait pas valablement défendu les intérêts du mineur!

J'aimerais donc mieux dire qu'il y a ici un motif spécial.

Lorsqu'il s'agit d'une décision judiciaire qui a lésé le mineur, on ne sait pas précisément toujours sur qui faire retomber, au juste, la responsabilité. Bien d'autres que le tuteur y ont alors pris part; et l'application de l'article 450 contre le tuteur seul aurait pu être, dans plus d'un cas, injuste, en lui faisant porter la peine d'une faute qui n'était pas la sienne et qu'il n'avait pas pu empêcher.

Qu'importe aussi l'article 2252?

Il s'agit là d'une omission, d'une négligence, et non pas d'un acte, d'un contrat régulièrement passé avec les tiers par le tuteur dans la limite de son mandat. Qui ne sait, au reste, tout ce que cet article 2252 a soulevé d'objections et de critiques? Le Code Napoléon lui-même (et il faut l'en louer) s'est très-souvent départi de l'idée qui a inspiré cette disposition; et c'est ainsi qu'une foule de prescriptions ou de délais préfix courent aussi bien contre les mineurs que contre les majeurs (comp. art. 1663, 1676, 2278 C. Nap.; 444 proc.).

Ajoutez que ceux-là qui ne veulent exempter de l'action en rescision pour cause de lésion, que les actes que la loi en aurait formellement affranchis, vont eux-mêmes plus loin que leur proposition.

Ils en affranchissent, par exemple, la transaction, quoique l'on pût très-bien dire que l'article 2052 n'a parlé que des majeurs.

Ils en affranchissent la renonciation faite régulière-

ment par le tuteur à une succession échue au mineur, quoique aucun texte *ad hoc* ne l'ait déclarée non rescindable.

Et quant à l'acceptation de la succession, régulièrement faite aussi par le tuteur, ils se divisent (comp. art. 783; Bordeaux, 17 février 1826, de Briançon, Sirey, 1826, II, 316; Toulouse, 29 mai 1832, Sévérac, Dev., 1832, II, 352; Cass., 5 déc. 1838, Robinot, Dev., 1838, I, 945; Toullier, t. IV, n° 353).

2° La doctrine, que nous défendons, est enfin recommandée par les plus puissantes considérations dans l'intérêt des mineurs et dans l'intérêt de l'État.

Rien ne nous paraît, en effet, plus contraire à ce double intérêt que la théorie qui voudrait ne faire du tuteur qu'un simple *negotiorum gestor*, dans les engagements duquel les tiers ne pourraient trouver aucune sûreté.

Qu'arrive-t-il alors ?

C'est que les tiers s'éloignent ; c'est que ceux-là mêmes, qu'on a voulu protéger outre mesure, sont victimes de cet excès de protection ; c'est qu'on jette dans les affaires une grande cause d'incertitude et de trouble.

Le droit romain et notre ancien droit avaient donc méconnu, en cela, les règles d'une bonne et sage législation.

Que le mineur lui-même puisse attaquer pour cause de lésion les engagements, qu'il a contractés, le mal n'est pas grand ; tout au contraire, je déclare que cela me paraît être un bien ; et si l'on me dit que cette menace de rescision éloignera de lui les tiers, je répondrai : tant mieux ! Que les tiers s'adressent au tuteur.

Mais lorsque les tiers se sont en effet adressés au tuteur ; lorsqu'ils ont traité avec lui régulièrement, valablement ; que le mineur puisse venir demander la

nullité de ces actes pour cause de lésion, cela n'est pas supportable!

C'est déclarer, en d'autres termes, que le tuteur ne représente pas le mineur et qu'il est impossible aux tiers de traiter avec lui.

Vous me menacez de l'action en rescision pour cause de lésion, si je loue du tuteur cette maison ou cette ferme appartenant au mineur.

C'est-à-dire qne vous ne voulez pas que je débatte mes intérêts, que je cherche à faire de mon côté une bonne affaire; c'est-à-dire que vous me laisserez sous la menace incessante d'une action, qui m'ôtera toute sécurité, toute confiance.

Et cela, le plus souvent, sans motif sérieux, sans intérêt véritable; car de deux choses l'une :

Ou cette prétendue lésion ne sera que légère; et alors on dira : *De minimis non curat prætor;*

Ou elle sera considérable; et alors presque toujours il y aurait fraude de la part du tiers.

Je ne le nierai pas pourtant, ce côté-là de notre question peut ne pas manquer de gravité.

Il y a des actes importants, que le tuteur (nous l'avons cru ainsi, du moins, pour notre part), que le tuteur, disons-nous, peut faire seul : des acquisitions d'immeubles, des ventes de meubles, de certains meubles surtout d'une grande valeur.

Et notre doctrine, appliquée à ces actes, peut soule ver, nous en convenons, des scrupules sérieux.

Mais c'est au législateur seul qu'il appartiendrait de réglementer mieux, à cet égard, le pouvoir du tuteur, et d'entourer de plus de garanties ceux des actes, dont l'importance semblerait l'exiger (comp. Delvincourt, t. II, p. 175; Proudhon et Valette, t. II, p. 459 et 465; Duranton, t. III, n° 574, et t. X, n[os] 272-287; Coulon, *Quest. de dr.*, t. I, dial. I; de

Fréminville, t. II, n° 827; Zachariæ, t. II, p. 429-432; Marcadé, t. IV, art. 1305; Taulier, t. IV, p. 444 et suiv.; Fréd. Duranton, *Revue étrangère,* 1843, p. 345 et 689; Pont, *Revue de législation* de M. Wolowski, 1845, t. XXI, p. 217).

823. — B. Reste l'hypothèse où un acte, soumis par la loi à des formalités spéciales, dans l'intérêt du mineur, a été fait sans l'accomplissement de ces formalités.

Si cet acte émane du tuteur, il est nul pour défaut de pouvoir; et cette nullité peut être demandée par le mineur contre les tiers, indépendamment, bien entendu, de toute lésion.

Rien de plus logique dans notre système.

Le tuteur, avons-nous dit, est un mandataire;

Or, le mandant n'est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire qu'autant que celui-ci a agi *conformément au pouvoir qui lui a été donné* (art. 1997, 1998);

Donc, le mineur n'est pas tenu d'exécuter les engagements contractés par son tuteur, lorsque celui-ci n'a pas agi conformément au pouvoir qui lui a été donné par la loi.

C'est même une question de savoir si le mineur, dans ce cas, doit agir dans le délai de dix ans, pour demander la nullité de l'acte passé par son tuteur (art. 1304), ou s'il n'a pas une action de la durée ordinaire de trente ans (art. 2262), comme il l'aurait dans le cas où un tiers, sans aucune espèce de pouvoir à l'effet de le représenter, aurait disposé de ses biens. Nous retrouverons cette question à sa place, dans le titre *des Obligations conventionnelles* (art. 1304 et suiv.).

824. — Si c'est par le mineur lui-même qu'un tel acte a été consenti, la solution n'est plus aussi simple ni aussi facile.

Et il s'est formé, sur ce point, une sorte de schisme dans le système que nous proposons.

Les uns ont prétendu que l'acte n'était pas nul pour vice de formes, mais qu'il était seulement, dans ce cas comme dans tous les autres cas, où le mineur agit lui-même, rescindable pour cause de lésion (Cass., 30 mai 1814, de Fargès, Sirey, 1814, I, 201).

Cette doctrine, il faut bien l'avouer, peut être motivée par des arguments fort sérieux :

1° Les formalités établies par la loi pour certains actes de la gestion tutélaire, sont étrangères au mineur ; ces formalités ne concernent que le tuteur, et ne règlent que ses actes personnels.

Donc, leur inaccomplissement ne saurait fournir un argument en ce qui concerne les actes personnels du mineur.

2° Pourquoi les actes personnels du mineur ne sont-ils rescindables que pour cause de lésion ?

Pour trois motifs :

D'abord, parce que l'incapacité civile du mineur étant fondée sur la présomption de son incapacité naturelle, doit s'effacer, lorsque le mineur, par un acte sensé et utile, a démenti la présomption légale ;

Ensuite, parce que *le lieu de l'équité naturelle*, qui oblige alors le mineur (*supra*, n° 821), exige que la loi elle-même maintienne cette convention, que le mineur ne pourrait attaquer sans violer les principes de la morale et de l'honneur ;

Enfin, parce que toutes les lois sur les mineurs n'ont, après tout, pour but que de les protéger, c'est-à-dire de les empêcher de faire des contrats désavantageux, et qu'il n'y a plus de motif pour placer le mineur sous un régime exceptionnel, lorsqu'il a fait lui-même un contrat avantageux ; avantageux, disons-nous, en lui-même et dans les résultats qui lui sont propres ; car il

serait d'une souveraine iniquité de restituer le mineur pour une lésion, qui ne résulterait que d'un événement casuel et imprévu (art. 1306);

Or, ces motifs s'appliquent, sans aucune distinction possible, à tous les actes consentis par les mineurs;

Donc, les mineurs ne sont, en effet, pour aucun des actes qu'il ont consentis, restituables que pour cause de lésion.

3° Aux termes de l'article 1305, la lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur émancipé *contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre* de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation;

Or, aux termes de l'article 484 (qui appartient au titre *de la Minorité*, etc.), le mineur émancipé ne peut vendre ni aliéner ses immeubles, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé;

Donc, la vente et l'aliénation d'un immeuble consenties par le mineur émancipé, sans les formalités prescrites, sont seulement rescindables pour cause de lésion.

Donc, il en est de même à l'égard du mineur non émancipé; car l'article 1305 emploie le mot *convention* dans le même sens pour l'un et pour l'autre; et il n'y a pas de différence possible, entre le mineur en tutelle et le mineur émancipé, quant aux actes pour lesquels la loi elle-même déclare que celui-ci devra observer les formes prescrites pour le mineur non émancipé.

Le plus qu'on pourrait admettre, c'est que le mineur, qui aurait fait un des actes importants que la loi a soumis à des formalités spéciales, serait présumé, par cela seul, avoir éprouvé une lésion, et que ce serait à l'autre partie à établir, pour repousser l'action en rescision, que le mineur, en effet, n'a pas été lésé.

Merlin, qui d'abord avait adopté une doctrine contraire, est revenu en dernier lieu à cette opinion (*Quest. de droit*, t. III, v° *Hypothèque*, § 4, n°s 2, 3).

Tandis que M. Duranton, en sens inverse, après avoir adopté cette même opinion, l'a finalement abandonnée pour se ranger dans la doctrine contraire (comp. *Traité des Contrats*, t. I, chap. II, sect. II, § 1, et *Cours de droit français*, t. X, *loco supra cit.*).

825. — Malgré l'argumentation puissante que nous venons de présenter, cette dernière doctrine serait aussi la nôtre.

Elle nous paraît d'abord conforme au droit romain :

« Si quidem sine decreto minor annis.... prædium « venumdedit, *supervacuum est de vili prætio tractare*, « quum senatusconsulti auctoritas, retento dominio, « alienandi viam obstruxerit.... » (L. 2, Cod. *de al. reb. min.*)

Notre ancienne jurisprudence le décidait pareillement ainsi :

« Les lois n'ont pas seulement pourvu à la restitution des mineurs; mais elles ont de plus défendu l'aliénation de leurs biens immeubles. *Et quand il ne se trouverait pas de lésion pour le prix dans la vente des fonds du mineur,* il serait relevé par la seule raison de ravoir des biens, qu'il lui est plus utile de conserver que d'en avoir le prix. » (Domat, *Lois civiles*, livre IV, tit. VI, sect. XI, n° 24.)

Ces traditions sont importantes; et il est d'autant plus vraisemblable que les auteurs du Code Napoléon n'ont pas entendu s'en écarter, que la personne du mineur est beaucoup plus effacée dans l'organisation nouvelle qu'elle ne l'était dans l'ancien droit. En effet, les articles qui soumettent les actes importants de la tutelle à certaines formalités, soit à l'autorisation du conseil de famille (art. 462, 463, 464), soit à cette

autorisation et à l'homologation de justice (art. 457), ou à d'autres conditions encore (art. 467); ces articles sont absolus, ils s'appliquent aux actes eux-mêmes, en raison de leur caractère; et il serait étrange que dans ces circonstances importantes, la prévoyance de la loi eût été moins grande à l'égard des actes passés par le mineur lui-même, qu'à l'égard des actes passés par le tuteur (Amiens, 29 juillet 1824, Douceur, Sirey, 1824, II, 243).

L'argument déduit du rapprochement des articles 1305 et 484, ne semble pas suffisant pour détruire la force de ces considérations; on peut d'ailleurs faire une part à cet argument, en disant que le mineur émancipé ne sera restitué que pour cause de lésion contre ceux des actes qui excèdent sa capacité, lorsque d'ailleurs ces actes n'étaient pas soumis à des formalités spéciales de la part du tuteur.

J'ajouterai enfin une dernière remarque.

Des deux propositions qui composent la doctrine que je propose, il en est une à laquelle j'attache un grand prix; je veux parler de celle, dont le but et le résultat sont d'assurer toute sécurité aux tiers, qui ont traité avec le tuteur se conformant scrupuleusement à toutes les conditions de son mandat.

Mais je m'intéresse beaucoup moins à l'autre proposition, qui concerne la validité des actes émanés du mineur personnellement; et je ne suis, je le confesse, que très-médiocrement ému des mécomptes, qui peuvent être réservés aux tiers, lorsqu'au lieu de traiter régulièrement avec le tuteur, ils se sont adressés au mineur lui-même.

FIN DU TOME SEPTIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

DU SEPTIÈME VOLUME.

TITRE DIXIÈME.

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION.

PREMIÈRE PARTIE.

DES MINEURS EN TUTELLE.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

SECTION I.

§ I.

§ II.

§ III.

§ IV.

CHAPITRE III.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OU IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome VII, art. 388-468).

TITRE DIXIÈME.

De la minorité, de la tutelle, et de l'émancipation.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
408.	166-172, 175-178.	258-265, 276-278.
409.	172-173.	266-270.
410.	173-175.	271-275.
411.	184-185.	288-290.
412.	185-187.	291-296.
413.	187-188.	297-298.
414.	188.	299.
415.	189.	300-311.
416.	192-200.	311-319.
417.	122-133, 223.	198-219, 356.
418.	321-325.	522-526.
419.	*Voy.* le tome VIII.	
420.	222-223, 231-238, 242.	355-360, 371-380, 391.
421.	224-227.	362-364.
422.	224.	361.
423.	36, 227-231.	66, 365-370.
424.	261-262.	381.
425.	239-242.	382-390.
426.	245.	395.
427.	249-257, 269-274.	403-409, 445-448.
428.	252-253.	410.
429.	253.	411.
430.	253-256.	412-416.
431.	*Id.*	*Id.*
432.	256-257.	417-419.
433.	258-262.	420-424.
434.	262-263.	425-427.
435.	263-266.	428-435.
436.	266-268.	436-440.
437.	268.	441.
438.	274-277.	449-454.
439.	*Id.*	*Id.*
440.	277-279.	455-459.
441.	*Id.*	*Id.*
442.	268, 282-296, 312.	443, 463-480, 510.
443.	296-297.	481-483.
444.	298.	484-495.
445.	313-319.	511-519.
446.	303-305.	496-499.
447.	305.	500.
448.	307-312.	504-509.
449.	*Id.*	*Id.*
450.	320-321, 325-336, 421-467, 477-483, 535-568, 569-633.	520-521, 527-540, 635-680, 690-694, 750-788, 789-825.

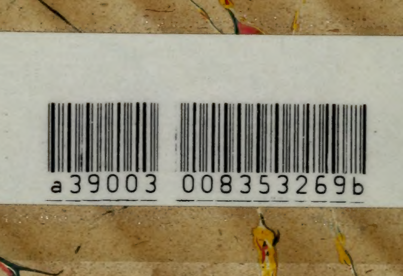
Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
451.	338-358.	544-570.
452.	360-390.	571-598.
453.	363-365.	576-578.
454.	391-401, 437-441.	599-610, 650-652.
455.	401-416.	611-632.
456.	*Id*	*Id.*
457.	515-528, 534, 535.	727-742, 749.
458.	*Id.*	*Id.*
459.	519-531.	731-732.
460.	521, 522.	733.
461.	485-490.	695-698.
462.	490-497.	699-703.
463.	497-502.	704-709.
464.	467-476, 502-508.	680-689, 710-719.
465.	467-476, 508-513.	680-689, 720-726.
466.	508-513.	720-726.
467.	529-535.	743-748.
468.	328-336, 481-483.	531-540, 694.

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.



Paris. — Imprimerie de Ch. Lahure et Cie, rue de Fleurus, 9.




a39003 008353269b



DATE DUE
CAT. NO. 1137

